



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

MARCOS FEITOSA LIMA

O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
HETERÓLOGA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA
PERSONALIDADE

SÃO CRISTÓVÃO - SE

JANEIRO DE 2018

MARCOS FEITOSA LIMA

**O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
HETERÓLOGA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito na linha de pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais e Empresariais junto à Universidade Federal de Sergipe

Prof.^ª Dra. CLARA ANGÉLICA GONÇALVES CAVALCANTI DIAS
Orientadora

SÃO CRISTÓVÃO - SE
JANEIRO DE 2018

MARCOS FEITOSA LIMA

**O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
HETERÓLOGA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito na linha de pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais e Empresariais junto à Universidade Federal de Sergipe.

APROVADO EM: 28.02.2018

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias (Orientadora)
Universidade Federal de Sergipe

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato
Universidade Federal de Sergipe

Prof. Dra. Tanise Zago Thomasi
Universidade Tiradentes

SÃO CRISTÓVÃO - SE
JANEIRO DE 2018

Dedico este trabalho aos meus pais, Agnaldo Francisco de Lima e Helena Feitosa de Lima (*in memoriam*), posto que nada obstante hoje eu lecionar Direito da Sucessões, o certo é que foram eles, na sua humilde mas sabedoria nata, que me ensinaram a primeira e a maior lição de sucessão: “*filho, estude, porque o seu saber é herança que doutor nenhum toma de você*”

AGRADECIMENTOS

A Deus, Pai Celestial e Criador de todas as coisas, por ter me dado, em sua infinita bondade, o dom da vida e a capacidade emocional e racional de compreensão para a conquista do meu lugar ao sol.

A minha família, que sempre foi o meu porto seguro, e de uma forma toda especial a minha mãe, Helena Feitosa, que apesar de não mais se encontrar nesse plano terrestre, continua sendo a minha inspiração para tudo que faço e meu amuleto para enfrentar os momentos em que, inevitavelmente, uma lágrima chega a correr. Por onde quer que eu vá sinto a força e a presença dessa minha musa e adorável mãe. Obrigado por estar sempre me protegendo, minha rainha!

Aos meus amigos, pela paciência com meus estresses e ausência. Em especial quero agradecer a Diogo de Calazans pela contribuição direta para a realização deste projeto e pelo total e irrestrito incentivo.

Aos colegas da Defensoria Pública, notadamente os que integram os Fóruns Integrados III (DIA) e, em especial, a Dra Lucigleide Paraíso, que cada vez mais vem me renovando e me ensinando ser uma pessoa espiritualmente muito melhor. Meu muito obrigado.

A Danilo (Servidor da Defensoria Pública) que tanto me ajudou na formatação de artigos que foram publicados no curso do mestrado, bem como em tantas outras situações que exigiam o conhecimento da informática. Também não posso deixar de agradecer aos meus estagiários, e, em especial, a Gabriela, que não mediu esforços para me ajudar e compreendeu todos os meus estresses.

Aos professores do mestrado pelo compromisso e compartilhamento de conhecimentos. Em especial à Profa. Flávia Pessoa que me acolheu com tamanho carinho quando do meu ingresso no mestrado na condição de aluno especial; à Profa. Jussara Jacinto Moreno por ter feito as primeiras críticas sobre o meu projeto e ter me dado o norte para o desenvolvimento do meu trabalho; ao Prof. Lucas Gonçalves que sempre confiou no meu potencial acadêmico.

Aos colegas do mestrado, em especial a Matheus e Alessander, pela parceria e camaradagem que construímos no decorrer do curso.

Ao Coordenador do Curso de Direito da Pio X, Dr. Hamilton Santana, por todo o apoio e pela compreensão nas vezes em que eu precisei me ausentar das aulas de graduação.

A minha mais que digníssima orientadora, Dra Clara Angélica Dias Cavalcanti, que contribuiu de forma valorosa para a confecção e realização deste trabalho. O meu muito obrigado e minha eterna gratidão pelo zelo, carinho e compromisso que lhe são peculiares.

Enfim, a todos que, de uma forma direta ou indireta, contribuíram para o engrandecimento deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo precípua o estudo sobre o perfil jurídico-constitucional do direito à identidade genética da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional pátria, especialmente fundamentando a consagração, ainda que implícita, de tal direito na Constituição de 1988, como manifestação e exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, da cláusula geral implícita de tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade humana e do direito fundamental à vida, com destaque ao anonimato ou não do doador do material genético na técnica de reprodução humana heteróloga, vez que a presente pesquisa terá como problemática a ser investigada a reprodução humana heteróloga, medicamente assistida, especificamente no que toca ao direito fundamental da pessoa que foi gerada por essa técnica de conhecer a origem genética (identidade civil) do doador, mesmo que em confronto com o direito ao sigilo dos doadores de gametas masculino e/ou feminino. Fizemos uma breve análise sobre a constitucionalização do direito privado, bem como buscamos extrair as lições mais relevantes acerca dos princípios constitucionais aplicáveis ao instituto, notadamente o da dignidade da pessoa humana, repita-se, que se revela um inquestionável direito fundamental frente ao direito da personalidade, objetivando, por conseguinte, harmonizar os direitos em questão, posto que o direito de conhecer a identidade biológica não se revela incompatível com a filiação afetiva, máxime que tanto a busca pela ascendência genética, quanto o sigilo dos doadores de gametas, encontram-se resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro capítulo do desenvolvimento, destacamos historicidade das técnicas de reprodução humana assistida, e demonstramos que atualmente o procedimento para a efetivação das aludidas técnicas baseia-se na RESOLUÇÃO do CFM nº 2.168/2017 e que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 115/15, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida. No segundo capítulo, destacamos que a proteção Constitucional deferida à família estende-se à tutela da liberdade de seus membros, marcando, nesse sentido, a função social da reprodução humana assistida. No terceiro capítulo, analisamos que o direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade humana, e não implica em presunção de filiação; e que quando houver colisão entre outros direitos fundamentais, será necessário estabelecer uma hierarquia axiológica, colocando-se a ponderação de tais direitos nas mãos da magistratura brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: reprodução assistida; sigilo do doador; identidade genética.

ABSTRACT

The main objective of this study is to study the juridical and constitutional profile of the right to the genetic identity of the human person in the juridical and constitutional order of the mother country, especially as a basis for the consecration, even if implicit, of this right in the 1988 Constitution as a manifestation and principle of the dignity of the human person, of the general implicit clause for the protection of all essential manifestations of human personality and of the fundamental right to life, with particular reference to the anonymity or not of the donor of genetic material in the heterologous human reproduction technique, the present research will have as problematic to investigate the heterologous human reproduction, medically assisted, specifically with respect to the fundamental right of the person who was generated by this technique to know the genetic origin (civil identity) of the donor, even if in confrontation with the right to confidentiality of male gametes donors and / or u female. We have made a brief analysis on the constitutionalisation of private law, as well as seeking to extract the most relevant lessons about the constitutional principles applicable to the institute, especially the dignity of the human being, that it is an unquestionable fundamental right to the right of personality, aiming, therefore, to harmonize the rights in question, since the right to know the biological identity is not incompatible with the affective affiliation, especially that both the search for genetic ancestry and the secrecy of the gametes donors, are protected by the Brazilian legal system. In the first chapter of the development, we highlight the historicity of assisted human reproduction techniques, and we demonstrate that currently the procedure for the implementation of these techniques is based on the RESOLUTION of the CFM n° 2.168 / 2017 and that is processed in the National Congress the Draft Law 115 / 15, which establishes the Statute of Assisted Reproduction. In the second chapter, we emphasize that the constitutional protection granted to the family extends to the protection of the freedom of its members, marking, in this sense, the social function of assisted human reproduction. In the third chapter, we analyze that the direct to the genetic identity has its foundation in the principle of the human dignity, and does not imply presumption of filiation; and that when there is a collision between other fundamental rights, it will be necessary to establish an axiological hierarchy, placing the consideration of such rights in the hands of the Brazilian judiciary.

Keywords: assisted reproduction; secrecy of the donor; genetic identity

LISTA DE ABREVIATURAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC	Código Civil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIOMS	Conselho para as Organizações Internacionais de Ciências Médicas
CP	Código Penal
CRM	Conselho Federal de Medicina
CF	Constituição Federal
CTE	Células-tronco embrionárias
DGPI	Diagnóstico pré-implantatório do embrião
DNA	Ácido desoxirribonucleico
EC	Emenda Constitucional
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
GIFT	Reprodução humana assistida com gametas (sigla em inglês)
HIV	Síndrome da imunodeficiência adquirida (sigla em inglês)
HLA	Antígeno leucócito humano (sigla em inglês)
IA	Inseminação artificial
ICSI	Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (sigla em inglês)
L-Bio	Lei de Biossegurança
OMS	Organização Mundial da Saúde
PL	Projeto de Lei
RA	Reprodução Humana Assistida
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TDH	Tratado de Direitos Humanos
ZIFT	Reprodução humana assistida com zigotos (sigla em inglês)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS ATUAIS FORMAS DE CONCEPÇÃO HUMANA	18
2.1. ESPÉCIES DE FILIAÇÃO.....	18
2.1.1. Filiação Biológica.....	18
2.1.2. Posse do Estado de Filho.....	18
2.1.3. Filiação Sociológica do Filho de Criação.....	19
2.1.4. Filiação no Reconhecimento Voluntário e Judicial da Paternidade e da Maternidade....	20
2.1.5. Filiação Afetiva que tem por Origem a Adoção Judicial.....	20
2.1.6. Filiação Afetiva na Adoção à Brasileira.....	21
2.2. BREVE HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	22
2.3. ESPÉCIES DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	29
2.4. DISCIPLINA NORMATIVA.....	37
3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL	46
3.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	46
3.2. FUNÇÃO SOCIAL DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA..	52
3.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	57
4. A PROBLEMÁTICA ETICO-JURÍDICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA NO QUE TOCA AO SIGILO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO E AO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA	62
4.1. DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO.....	62
4.2. DISTINGUINDO O ESTADO DE FILIAÇÃO DA ORIGEM GENÉTICA.....	64
4.3. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.....	69
4.4. COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA REVELAÇÃO DA IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS SIGILO DA IDENTIDADE CIVIL DOS DOADORES DE GAMETAS.....	72
4.5. O DIREITO ESTRANGEIRO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA.....	91

4.6. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA ENFRENTADA PELO JUDICIÁRIO.....	94
5. CONCLUSÃO.....	102
6. REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

Por certo que a família, como núcleo base de toda e qualquer sociedade, é o espaço em que as mudanças sociais repercutem intensamente, fazendo com que referida instituição se amolde e adéque às novas concepções às quais estão inseridos os indivíduos.

A (re)construção das novas formações de entidades familiares, onde, recorrentemente, os núcleos se formam com a junção de filhos oriundos de relacionamentos anteriores que se agregam aos frutos da relação atual, bem como a presença cada vez mais crescente das filiações socioafetivas, desperta a necessidade de compreender com maior afinco tais fatos sociais e suas repercussões no âmbito jurídico, sendo por certo que dentre as relações regidas por tal ramo do direito, inserido está o instituto da reprodução assistida. Assim, a presente pesquisa teve como problemática a ser investigada a fertilização heteróloga, especificamente no que toca ao direito fundamental da pessoa que foi gerada por essa técnica de conhecer a origem genética (identidade civil) do doador, mesmo que em confronto com o direito ao sigilo dos doadores de gametas masculino e/ou feminino.

O presente trabalho tende a demonstrar que, nada obstante ainda não pacificado, prevalece o entendimento em defesa do direito fundamental da personalidade humana da pessoa que foi gerada por reprodução medicamente assistida, na modalidade heteróloga, de conhecer a origem genética do doador. Destarte, em razão de não existir ainda lei que regule e garanta expressamente o direito ao conhecimento da ascendência genética; e em havendo litigância nesse sentido, caberá ao Estado Juiz a ponderação e decisão de qual direito deverá prevalecer, já que, ambos, tanto a busca pela ascendência genética, quanto o sigilo dos doadores de gametas, encontram-se, igualmente, resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro constitucional.

A proposta de pesquisa, além de seu relevante valor social, justifica-se em razão de que o conhecimento da origem genética possui natureza de direito da personalidade e não de direito à filiação, máxime que a vida, além de ser um direito fundamental, é um bem supremo e que este direito está acima de qualquer outro e está positivado no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, o qual dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade.

De mais a mais é um tema interdisciplinar, vez que interligado à medicina, sociologia, antropologia e psicologia, entre outros, haja vista que para estudar os reflexos na

família acerca das técnicas de reprodução humana assistida não basta entender as instituições jurídicas. Dessarte, inobstante a interligação do tema com diversos ramos o certo é que o foco desse projeto é o jurídico. Assim, como já dito, nossa problemática, objetivo geral, será investigar se há possibilidade da violação ou não do sigilo das informações dos doadores anônimos do material genético, em detrimento do direito subjetivo à identidade genética da pessoa gerada por meio de inseminação artificial heteróloga, para analisar os direitos da personalidade a partir dos nortes constitucionais, com o intuito de responder às seguintes questões: constitui um direito fundamental a revelação da origem genética do doador na inseminação artificial heteróloga? A ausência de lei que regule e garanta expressamente o direito ao conhecimento da identificação civil do doador nessa modalidade de reprodução medicamente assistida impede que haja esse reconhecimento? Em havendo litigância nesse sentido, como o Estado Juiz deverá se comportar e qual direito prevalecerá, já que o sigilo dos doadores de gametas encontra-se, igualmente, resguardado pela Constituição?

O trabalho buscou orientação teórica, dentre outros, na Obra de Silvia Cunha Fernandes(2005), As técnicas de reprodução humana assistida e sua necessidade de regulamentação jurídica; na Bioética e Reprodução Assistida de Eduardo de Oliveira Leite(2004); no direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira de Selma Rodrigues Petterle(2007); no Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, de Paulo Luiz Netto Lôbo.; na teoria dos Direitos Fundamentais de Ingo Sarlet (2012)

Adotamos o método tópico-argumentativo pautado em levantamento bibliográfico e documental. A pesquisa apoiou-se em variáveis de naturezas diferentes que estão relacionadas ao objeto do estudo, sendo que como variáveis independentes foram contempladas: vida humana, biotecnologia e aparato legal, tais como a CF-88, ECA, CC- 02 e a Resolução do CFM nº 2.168/2017. As variáveis dependentes que buscamos nos deter com mais afinco foram: técnica de reprodução assistida, notadamente a heteróloga, identificação genética do doador nessa modalidade de reprodução e dignidade da pessoa humana. Desenvolvemos o trabalho em sucessão de três etapas que se dividiram em capítulos.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, o qual foi subdividido em três tópicos, iniciamos fazendo uma breve explanação acerca da historicidade das técnicas de reprodução humana assistida, salientando que o estudo do direito à vida do embrião humano deságua na necessidade de uma abordagem da bioética e do biodireito, e que desde a fase da ética aristotélica havia a preocupação com uma ética voltada para a ciência, *in casu* a ética médica; e que o apogeu da revolução biotecnológica, notadamente na área da reprodução humana,

ocorreu em 1978 com a concretização do experimento que propiciou a concepção extracorpórea realizada através da técnica da fertilização *in vitro* ou ectogênese, conhecida como “bebe de proveta”, com as experiências e pesquisas biológicas desenvolvidas por Robert Edward e Patrick Steptoe.

Na sequência, optamos por descrever as diversas modalidades das técnicas de reprodução assistida com base nas lições de Machado(2012) e Maluf (2010) , demonstrando que para o campo da medicina, a reprodução humana possui cinco tipos, que são: a inseminação artificial intrauterina – IIU; fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões – FIVETE; a transferência intratubária de gametas– GIFT; a transferência intratubária de zigotos – ZIFT; e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI; e que no campo no campo jurídico, conforme disposição contida no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro, há dois tipos de reprodução humana medicamente assistida: a inseminação artificial homóloga e a heteróloga.

No terceiro tópico do capítulo em comento demonstramos que atualmente o procedimento para a efetivação das técnicas de reprodução humana assistida baseia-se na RESOLUÇÃO do CFM nº 2.168/2017 (Publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017) que revogou expressamente a Resolução CFM n.º 2.121/15, mesmo sem ter caráter de norma, posto possuir natureza de mera recomendação para a classe médica, ressaltando, destarte, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 115/15, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, de autoria do Deputado JUSCELINO REZENDE FILHO PRP/MA, cujo projeto foi apensado ao Projeto, com o nº 4892/2012, de autoria do ex-deputado Dr. Eleuses Paiva.

No segundo capítulo, fizemos abordagem da constitucionalização do direito civil, apoiado nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, enfatizando que os direitos fundamentais no Brasil teve destaque após a Carta Política de 1988 e, principalmente nos anos 2000, considerada a era dos direitos fundamentais e da judicialização.

Destacamos, ainda, no referido capítulo, que a proteção Constitucional deferida à família estende-se à tutela da liberdade de seus membros, pautada no princípio da solidariedade familiar, um dos pilares do Direito de Família, descrito no art. 3º, I da CF-88, cuja Carta estabeleceu o primado dos Direitos Humanos como princípio orientador das relações internacionais e vetor de recondução da democracia no país; e que a superação da infertilidade através do avanço da ciência tem um reflexo positivo nas relações familiares,

máxime que se abrem novas frentes de concretização do desejo de projeto parental, que nem sempre é preenchido pela adoção, marcando, nesse sentido, a função social da reprodução humana assistida, sem perder de vista que sua exploração não pode se desgarrar dos preceitos morais e éticos, visto que a manipulação de gametas masculinos e femininos fora do corpo humano tem o condão de formar a vida humana.

Salientamos, também, que a própria Constituição Federal prevê que “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 deste direito” (art. 226, §7º).

No terceiro capítulo, que contempla 06 tópicos, primeiramente analisamos que o direito ao anonimato do doador do material genético revela-se como a pedra fundamental dos tratamentos de reprodução humana assistida, alicerçado na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/17 que estabelece, dentre outros princípios, que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo-se, portanto, obrigatoriamente, o sigilo sobre os envolvidos; e que a vedação da identificação do proprietário do material genético está positivada na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”; sustentando essa posição Eduardo de Oliveira Leite, e Gustavo Tepedino, dentre outros.

Depois, passamos a analisar que inobstante ao que fora pontuado no parágrafo anterior, há quem sustente, como Selma Rodrigues Petterle e Paulo Luiz Netto Lobo, que o direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade humana, não podendo, pois, ser obstaculizado; e que o direito ao conhecimento da origem genética não implica em presunção de filiação e, portanto, não traria nenhum prejuízo ao genitor doador, máxime que o direito ao conhecimento da origem genética tem natureza de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano.

No tópico terceiro do capítulo em comento, destacamos que quando houver colisão entre direitos fundamentais, será necessário estabelecer uma hierarquia axiológica, considerando ainda, o possível impacto de sua aplicação no caso concreto, onde a norma de maior valor axiológico prevalece e a de menor valor sucumbe, apenas no sentido de ser deixada de lado, para que se possa solucionar o conflito no caso concreto, colocando-se a ponderação de tais direitos nas mãos da magistratura brasileira.

Por derradeiro, e de forma sintética, ilustramos que sobre o tema à epígrafe há uma grande quantidade de estudos em diversos países, tendo analisado a percepção da população

com respeito ao direito de conhecer pais biológicos, em especial com respeito à possibilidade de ocorrência de doenças genéticas, destacando o trabalho de Sylvester e Burt, feito nos Estados Unidos, que assim como no Brasil, a regulamentação lá ainda é escassa.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS ATUAIS FORMAS DE CONCEPÇÃO HUMANA

2.1 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

De saída e antes mesmo de tecer comentários sobre as espécies de filiação, urge a necessidade de estabelecer que a posse do estado de filho é o marco diferencial para se identificar a paternidade sócio-afetiva, já que coexistem mais dois tipos de paternidade: a paternidade jurídica e a paternidade biológica.

A posse do estado de filho tem por premissa basilar exatamente as relações fundadas no afeto e no amor verdadeiro de um pai em relação a um filho, que independe da consanguinidade, além do respeito.

A filiação hoje é jurídica e pode ser natural ou de outra origem, como a adoção, a reprodução medicamente assistida heteróloga ou a socioafetiva, conforme expressamente permite o CC/2002, diverso do anterior, que previa apenas a adoção como parentesco civil.

2.1.1 Filiação Biológica

A filiação natural ou biológica, matrimonial ou extramatrimonial, tem origem na consanguinidade, estabelecendo-se a filiação pelos laços de sangue entre os pais e filhos. O filho biológico é aquele em que se funde o sangue dos pais, ligando o novo ser aos seus progenitores. O direito pressupõe, atualmente, que a filiação natural origina-se de relações sexuais entre um homem e uma mulher, que são seus pais, ou mediante reprodução medicamente assistida homóloga, utilizando-se o material genético do próprio casal.

2.1.2 Posse do Estado de Filho

A doutrina de um modo geral considera como elementos que podem constituir a posse do estado de filho: o nome (“*nomem*”), o trato (“*tractus*”) e a fama (“*fama*”).

Rodrigues (2004, p. 292) assim define a posse do estado de filho:

A posse do estado de filho consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente filho.

O nome se apresenta como o primeiro elemento para se configurar o instituto da posse do estado de filho e, por conseguinte, a paternidade sócio-afetiva. Nesse diapasão, o elemento nome está presente quando o pretense filho utiliza o nome de família do suposto pai. No entanto, existem diversos casos em que o filho não utiliza o nome do pai conforme deveria.

No que atine ao trato, este quer dizer o tratamento dado ao pretense filho, seja a sua criação, educação e outros, o que leva a entender que há uma relação afetiva de pai e filho, em que o suposto pai dispensa um tratamento especial a uma determinada pessoa como se filho fosse.

Como terceiro elemento, a fama é sinônimo de publicidade, ou seja, a exteriorização do estado de filiação para os demais membros da sociedade. Este requisito, portanto, representa o lado propriamente social da posse do estado de filho, diante das atitudes do suposto pai em relação ao seu pretense filho, com o fito de convencimento para as pessoas de que se trata efetivamente de pai e filho. Assim, o público é composto por vizinhos, amigos, funcionários e/ou empregados e demais pessoas que convivam no mesmo círculo social e que possam atestar a relação paterno-filial.

Ao analisar as espécies de filiação sócio-afetiva percebe-se a existência de quatro espécies, quais sejam: o filho de criação; o reconhecimento voluntário e judicial da paternidade e/ou da maternidade; a adoção judicial e a adoção à brasileira.

2.1.3 Filiação Sociológica do Filho de Criação

Pode-se considerar um apêndice da filiação afetiva a hipótese em que alguém educa uma criança, concede-lhe um lar, preocupa-se com a sua saúde, bem-estar, lazer, sem vínculo biológico e sem nenhuma contraprestação, com fundamento exclusivo no amor que integra aquela família, tendo por único vínculo probatório o afeto.

Segundo Fachin (1996, p. 37): “Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base paternidade.”

Assim, vê-se claramente que essa verdade sociológica traz a idéia de que os fatos se impõem ao direito, devendo, portanto, serem levados sempre em consideração.

2.1.4 Filiação no Reconhecimento Voluntário e Judicial da Paternidade e da Maternidade

Nessa senda, evidencia-se a posse do estado de filho, isto é, daquele que voluntariamente toma alguém como seu filho, atribuindo-lhe todos os direitos e deveres de um filho biológico, sendo que tal reconhecimento pode se dar voluntariamente, sem necessidade de intervenção estatal, que pode ser feito mediante o registro de nascimento, a termo, com a declaração de um ou de ambos os pais.

De outro giro, o reconhecimento pode ocorrer apenas através da via judicial, mediante a propositura da ação de estado.

Cabe ressaltar que o diploma civilista enumera especificamente as hipóteses de presunção de que os filhos nasceram na constância do casamento, conforme disposição contida em seu artigo 1597, verbis:

I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de 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.

2.1.5 Filiação Afetiva que tem por Origem a Adoção Judicial

Segundo Venosa (2013, p. 317), “a adoção, como forma constitutiva de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico”. Assim, era utilizada por aqueles que por qualquer motivo não tinham ou não podiam conceber filhos biológicos.

A adoção é, atualmente, um ato jurídico que expressa uma vontade, imbuída de amor e solidariedade, em considerar um ser como se seu filho fosse, com todas as garantias morais e legais pertinentes, formando uma verdadeira família, com se constituída fosse pelos laços de sangue.

A adoção pressupõe uma perfeita e harmoniosa integração do adotado em sua novel família, com ruptura de seus vínculos biológicos com os pais e parentes naturais. Possui ainda natureza jurídica de negócio bilateral e solene, e deve preencher os requisitos essenciais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles o de que o adotante possua

idade mínima de dezoito anos e o de que haja uma diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado.

A adoção se materializa através de sentença com caráter constitutivo transitada em julgado, com a devida inscrição no cartório de Registro Civil, cancelando-se o registro anterior do adotando, sem qualquer menção quanto à modificação, e tem por característica a irrevogabilidade, gerando efeitos peculiares, que podem ser tanto de natureza pessoal quanto patrimonial.

Convém ressaltar que o diploma civilista, em seu artigo 1628, e a Carta Constitucional, no artigo 227, § 6º, garantem igualdade de direitos entre o filho adotado e o consanguíneo. Assim, depreende-se que tanto o legislador constituinte como o civilista não se furtaram em reconhecer e garantir todos os direitos à filiação sócio-afetiva, dando-lhe tratamento idêntico ao dos filhos de sangue.

2.1.6 Filiação Afetiva na Adoção à Brasileira

Há ocorrência dessa espécie quando uma criança, ao nascer, é diretamente registrada por pais afetivos, como se biológicos fossem, descabendo, ao menos em tese, a ulterior pretensão anulatória do registro de nascimento. Por destacar a importância da paternidade sócio-afetiva, útil a transcrição do escólio de Madaleno (2004, p.2):

A carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade sócio-afetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e gênese nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização.

Dentre as tais relações sócio-afetivas, indiscutivelmente, está a adoção à brasileira, em que um homem registra filho alheio como seu.

Cabe salientar que é comum a existência de ações negatórias de paternidade – ou anulatórias de registro civil – nas quais o autor noticia que, anos atrás, apaixonara-se por uma mulher que já se encontrava grávida de outrem e, na intenção de com ela constituir família, registrou a criança nascida como se fosse sua. Destarte, dessa mulher veio a se separar anos

depois e, agora, entende não ter obrigação alimentar ou moral para com a pessoa registrada quando recém-nascida, por não haver vínculo biológico entre ambos.

Deve-se ter em conta, todavia, que ao proceder a adoção à brasileira, o autor da negatória de paternidade manifestou livremente sua vontade de ter a criança como se seu filho biológico fosse. Com tal conduta, o pai sócio-afetivo inseriu no patrimônio da criança (agora adolescente ou adulto) bens materiais e imateriais, estruturou-lhe a personalidade com o nome e patronímico paterno-familiar, criando efeitos jurídicos e sociais que se perpetuaram no tempo. Com efeito, uma vez reconhecida a paternidade, esta se agrega à personalidade do indivíduo, passando a constituir um direito indisponível e irrevogável.

2.2 BREVE HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Inicialmente, mister se faz compreender o instituto científico da reprodução assistida e suas diversas modalidades. Com efeito, entende-se por reprodução assistida a tecnologia que compreende a implantação artificial de espermatozoides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, com o objetivo de permitir a reprodução humana, com o intento de permitir a fertilidade do casal, geralmente em razão das dificuldades encontradas no âmbito da geração espontânea da prole.

A reprodução humana envolve a presença de células sexuais, também, denominadas de células germinativas, sendo que as masculinas são os espermatozoides e as femininas são os óvulos. Cada uma destas células contém uma sequência de 23 cromossomos que ao se unirem formarão a sequência completa de 46 cromossomos da cadeia de ácido desoxirribonucleico (DNA). O DNA estabelecerá, de logo, as características do novo ser formado que, apesar de herdar algumas semelhanças transmitidas por seus genitores, guardará uma relação de independência e individualidade (MACHADO, 2012, p. 17-18)

Atualmente merece destaque o fato de que o Código Civil foi pensado na década de 60 e analisado na década de 90, de modo que hoje não se utiliza mais esta expressão e sim a denominação técnica de reprodução humana assistida, pois o termo inseminação artificial ou fecundação artificial deve ser utilizado para a reprodução de animais.

Nesse sentido, o enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal:

Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Verifica-se, ainda, dentre as técnicas de reprodução assistida a possibilidade de utilização de material genético (sêmen e óvulo) pertencente ao próprio casal (a chamada fertilização homóloga), bem como a utilização de material heterólogo, ou seja, pertencente a pessoa distinta do casal. Esta última espécie vem assegurar o direito de planejamento familiar do homem infértil, gerando uma das modalidades de paternidade socioafetiva previstas no Código Civil de 2002. Atualmente, tornou-se comum a doação de óvulos, que vem integrar a reprodução heteróloga feminina. (LOUREIRO, 2009, p. 100-104)

Dentre as técnicas de reprodução assistida, há duas modalidades que se destacam: aquela em que se introduz no aparelho reprodutor da mulher o espermatozoide, genericamente denominada inseminação artificial; e a fertilização *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozoide são juntados em um tubo de proveta (daí surgida a expressão “bebê de proveta”) e posteriormente se introduzem alguns embriões no aparelho reprodutor da futura mãe.

Com efeito, o estudo do direito à vida do embrião humano, o qual pode ser identificado eticamente como pessoa, deságua na necessidade de uma abordagem da bioética e do biodireito, fato que ao se estabelecer um paralelo entre a reprodução humana e a evolução da ética, percebe-se que, desde a idade antiga, aquela sempre despertou interesses e curiosidades que conduziram a experimentos que visavam alcançar a concepção por métodos artificiais, sem haver, contudo, relações sexuais. Na mitologia grega, registrava-se que o nascimento de Perseu se dera através de inseminação artificial efetivada por Zeus por meio de uma chuva de ouro para a fecundação de sua mãe que se encontrava enclausurada, explicando o mito acontecimentos empíricos (SCARPARO, 2000, p.5).

Cabe salientar que já na fase da ética aristotélica havia a preocupação com uma ética voltada para a ciência, *in casu* a ética médica, que se postergou durante todo processo evolutivo da ética e foi adquirindo novas feições. Sim, desde a Grécia antiga já se pode citar a ética médica proliferada por Hipócrates, ao qual deu origem ao inusitado *Juramento* que leva seu nome, e que contém duas fases significativas: (i) o engajamento corporativo pelo qual o estudante de medicina reconhece deveres em relação aos seus mestres e de transmissão do conhecimento; (ii) o código de ética propriamente dito que estabelece o dever do médico de trabalhar em benefício do paciente evitando todo o mal e toda injustiça. (DURAND, 2003, p.22-23)

Sem embargo, as diversas formas de conhecimento tentam explicar o que é o ser humano: “de onde ele veio” e “para onde vai”, ou seja, a origem e a finitude humanas. Enquanto os mitos buscam explicar os mistérios por meio de entidades, na interminável

tentativa de alcançar o conhecimento do que é desconhecido do homem – seu próprio mundo, as religiões, pautadas na fé, nos ritos, nos sacramentos e nas orações, também buscam oferecer ao homem uma explicação para aquilo que ele desconhece e não encontra respostas. Por seu turno, a ciência, ao procurar saber como a natureza “funciona”, considera, sobretudo, as relações de causa e efeito.

Voltando à mitologia greco-romana, há em alguns relatos - como os de Pugliese¹ e Bulfinch² – notícias sobre a reprodução assistida dos deuses. Podemos ainda citar como exemplo Minerva, símbolo da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, que é conhecida como nova encarnação da sabedoria divina que, em uma de suas versões, nasceu da cabeça de Zeus. Métis fora a primeira esposa de Júpiter. Estando grávida, predisse a Júpiter que teria em primeiro lugar uma filha e, em seguida, um filho, que se tornaria senhor do céu. O rei dos deuses, espantado com tal profecia, engoliu Métis. Algum tempo depois, foi acometido de violentíssima dor de cabeça e rogou a Vulcano que lhe fendesse a cabeça com o machado. Mal recebeu o golpe de machado de Vulcano, saiu-lhe do cérebro a filha Minerva, encarnação da sabedoria divina.

Também na Bíblia³ se encontra uma riqueza de relatos sobre o nascimento de homens e mulheres inférteis, infertilidades que foram milagrosamente curadas por Deus, assim como de mulheres que engravidaram extemporaneamente. O exemplo mais conhecido é o de Sara, cuja serva engravidou aos 90 anos de idade. (GÊNESIS, 17:17, 21:2).

Tem-se que na história da Reprodução Humana Assistida, a primeira inseminação artificial de que se tem registro foi realizada pelos árabes em 1332, em equinos; porém, também é sabido que a primeira inseminação registrada pelo saber científico foi realizada em 1779, quando um italiano chamado Lázaro Spalanzani colheu o sêmen de um cachorro e o aplicou em uma cadela em cio, a qual pariu três filhotes. De outra via, os primeiros relatos de experiências científicas envolvendo reprodução humana por meio da manipulação de células germinativas humanas, encontradas no esperma e óvulos humanos, efetivadas através de

¹ Pugliese, M. *Mitologia greco-romana, arquétipo dos deuses e heróis*. Madras: São Paulo, 2003.

² Bulfinch, T. *O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula): história de deuses e heróis*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

³ A palavra Bíblia deriva do grego bíblos, no plural, ou bíblion (βιβλίον) que significa "rolo" ou "livro". Bíblion, no caso nominativo plural, assume a forma bíblia, significando "livros". No latim medieval, bíblia é usado como uma palavra singular – uma coleção de livros ou "a Bíblia". Foi São Jerônimo, tradutor da Vulgata Latina, que chamou pela primeira vez ao conjunto dos livros do Antigo Testamento e Novo Testamento de "Biblioteca Divina". A Bíblia é uma coleção de livros catalogados, considerados divinamente inspirados pelas três grandes religiões dos filhos de Abraão, que são o Cristianismo, o Judaísmo e o Islamismo, e por isso são conhecidas como as religiões do Livro. É sinônimo de “Escrituras Sagradas” e “Palavra de Deus”.

técnica de menor complexidade denominada de inseminação artificial que propiciou a concepção através da manipulação dos gametas datam do século XVIII, sendo certo, ainda, que os registros históricos noticiam que no ano 1799 foram efetivadas as primeiras experiências com êxito de autoria de Jonh Hunter. Tais experiências foram reproduzidas na França, em 1833, com Giraud, que realizou, de forma inédita, a inseminação artificial em um casal, ressaltando, ainda, que no ano seguinte, nos Estados Unidos, também ocorreu a primeira inseminação artificial, com sêmen de terceiro, em uma mulher cujo marido sofria de infertilidade. (LOUREIRO, 2009)

Posteriormente, dois renomados geneticistas Watson e Crick, desvendaram a estrutura do DNA, sendo que a partir daquele instante, deu-se o impulso que a medicina necessitava para desenvolvimento das técnicas de manipulação genética e de fertilização humana em laboratório. (BARACHO, 2006, p.118).

De acordo com Pussi (2008, p.310):

Apenas na década de 50, graças aos trabalhos de dois grandes geneticistas, de nomes Watson e Crick, foi possível desvendar a estrutura do DNA, o material genético primordial de todo ser humano. Este, pode-se afirmar, foi o marco divisor, visto que, a partir deste momento, os avanços na área genética foram espantosos e, em curto espaço de tempo, foi possível o desenvolvimento de técnicas de manipulação do material genético e de fertilização humana em laboratório, sendo que, no final da década de 1970, o mundo assistiu estupefato do que nunca se acreditou ser possível realizar: **o nascimento do bebês de proveta.**

Destaca-se que com a criobiologia⁴ gerou-se a permissibilidade de congelamento de células humanas por tempo prolongado, mantendo-se, assim, suas propriedades após o descongelamento. Nesta senda, o congelamento de embriões humanos é utilizado como coadjuvante na Reprodução Humana Assistida (RA) trazendo a possibilidade de casais terem mais de uma transferência em apenas um ciclo de estimulação ovariana, reduzindo-se, com isso, a possibilidade de gravidez múltipla.

O fim da Segunda Guerra Mundial desencadeou a necessidade de se iniciar um processo de reconstrução dos Direitos Humanos que teve como marco fundamental a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual visava prioritariamente à proteção da liberdade e dignidade do indivíduo. Demais disso, a partir dos anos 60, a humanidade tomou consciência dos riscos dos avanços científicos e da necessidade de buscar suas repostas as questões que não queriam calar, sendo esta década fortemente marcada por vários inúmeros

⁴ Estudo do procedimento de congelamento de células

movimentos reivindicatórios de direitos civis. Neste ínterim, ganha corpo o direito à autodeterminação na área da saúde que concede ao paciente o direito de participar da tomada de decisões em relação aos procedimentos médicos necessários, rompendo-se, por conseguinte, com o paternalismo médico tradicional.(DURAND, 2003, p.34-35)

Por certo que a evolução da biotecnológica guarda uma correlação de maestria em relação aos demais fatores, máxime que instigou o processo de medicalização da sociedade e reescreveu os conceitos de paternidade e maternidade; e como se não bastasse abriu novas frentes de filiação como a maternidade de substituição e paternidade socioafetiva, estabelecendo novos eixos na reprodução humana e, vias de conseqüência, tornando o controle da sexualidade e reprodução humana o alvo de um eixo político e central na sociedade moderna, que na perspectiva de Michel Foucault ficou conhecida como biopolítica ou bio-história (CORRÊA,1997, p. 72). E não se pode perder de vista que nada obstante a busca de uma ética específica para as ciências ser fenômeno recente, o certo é que a mesma teve influência tanto cristã quanto do Iluminismo em suas raízes.

Em razão das atrocidades impingidas à humanidade pelo nazismo através da prática de pesquisas em seres humanos, colocando-os, inclusive, em condição de mero objeto, o fato é que ao término da Segunda Guerra Mundial, formulou-se o primeiro Código de Bioética do mundo, o Código de Nuremberg (FERNANDES, 2005, p.8), o qual estabeleceu dez princípios que devem ser observados em pesquisas que envolvam seres humanos, a saber: consentimento voluntário do paciente; produção de resultados vantajosos para a sociedade; prévia experimentação em animais; impedimento de ocasionar dores e sofrimentos desnecessários; evitar provocação de morte e invalidez permanentes; grau de risco limitado à importância do problema; observância de cuidados especiais com a pessoa que se submete ao experimento; condução da experiência exclusivamente por pessoas capacitadas; liberdade de desistência do paciente; suspensão da pesquisa em casos de graves riscos de morte ou invalidez .

Em meados de 1964 iniciou-se uma revisão do Código de Nuremberg, resultando na Declaração de Helsinque que foi promulgada pela Associação Médica Mundial, tendo como objetivo precípua nortear os médicos pesquisadores com seres humanos alicerçado em princípios éticos, cuja declaração serviu de base a vários códigos de conduta e legislações no âmbito internacional, como, à guisa de exemplo, a Recomendação n. 934 (1982), do Conselho da Europa; Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisa envolvendo seres humanos elaborada em 1993 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em conjunto com o Conselho para as organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS), e, também a

Lei n. 8974/95 que fora revogada em 2005 pela atual Lei n.11.105/05, Lei de Biossegurança (L-Bio) (FERNANDES,2005, p. 10)

Registra-se, também, que os avanços da tecnologia deixaram o mundo em estado de êxtase. No que toca à biotecnologia, os mais marcantes ocorreram entre o final da década de 70 e início da década de 80, principalmente com a concretização da técnica de reprodução humana fertilização *in vitro*. Esta radiante descoberta, sem embargo, revolucionou a história da humanidade, desconstituindo, por sua vez, o vínculo entre reprodução e relações sexuais, bem como criou, por outra via, reflexos não amparados pelo Direito, gerando conflitos no campo da moral e da ética. Pode-se dizer que o apogeu da revolução biotecnológica, notadamente na área da reprodução humana, ocorreu em 1978 com a concretização do experimento que propiciou a concepção extracorpórea realizada através da técnica da fertilização *in vitro* ou ectogênese, conhecida como “bebe de proveta”. As experiências e pesquisas biológicas desenvolvidas por Robert Edward e Patrick Steptoe desencadearam o nascimento de Louise Joy Brow, o primeiro bebê concebido em laboratório na Inglaterra, em 26 de julho de 1978 (LOUREIRO, 2009, p. 97).

O Brasil, por seu turno, realizou sua primeira experiência exitosa, com a técnica da fertilização *in vitro*, no ano de 1984, nascendo em 07 de outubro do suso mencionado ano, Ana Paula Caldera, o primeiro bebê de proveta brasileiro, cujo acontecimento fez introduzir os cientistas brasileiros na era da revolução biotecnológica de ponta. A mãe de Ana Paula, Ilza Maria, tinha quatro filhos e não podia mais engravidar. Ao convolar núpcias pela segunda vez, ela e o marido decidiram ter outro filho. Não hesitaram, e procuraram então o ginecologista Milton Nakamura, pioneiro da fertilização *in vitro* no Brasil. Assim, Anna Paula passou a ser considerada também símbolo da esperança de ter filhos, para as mulheres que não conseguem engravidar.

Neste toar, podemos asseverar que a descoberta e efetivação da técnica da fertilização *in vitro* abriu portas para outras experiências e provocou uma revolução no campo ético, como, à guisa de exemplo, formação de banco de espermatozoides, óvulos, embriões; gestação em útero alheio; descarte de embriões humanos; geração de seres humanos com fim exclusivo de reposição de órgãos humanos; clonagem de seres humanos; bebês com caracteres físicos e sexos predeterminados através de pesquisa genética; crioconservação de embriões humanos excedentes; mercantilização de embriões humanos; redução embrionária; experimentação terapêutica em embriões humanos; diagnósticos pré-natais, terapias gênicas ou manipulações genéticas em seres humanos; triagem soropositiva do HIV; entre outros.

Assim, vê-se que a rápida evolução da biotecnologia atropelou bruscamente, de certa forma, a visão ética, até então existente, e também algumas instituições jurídicas, a exemplo das presunções de filiação que foram reformuladas pelo Código Civil de 2002, o que nos permite pontuar que esta evolução fez surgir e crescer em velocidade vertiginosa os conflitos éticos e jurídicos gerando mudanças radicais no comportamento dos profissionais envolvidos em pesquisas biotecnológicas, motivo pelo qual justificado se revela o surgimento da bioética. Com muita propriedade nos ensina Maria Helena Diniz (2014, p.30) que a ameaça do avanço científico para a humanidade gerou a necessidade de uma ética para a biotecnologia com o propósito principal de preservação da dignidade da pessoa humana.

Dúvidas não restam que a bioética surge dotada de autonomia e pode ser conceituada como, nas lições de Corral (2005,p.145), “*el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esta conducta es examinada a luz de los valores y principios morales*”. Assim, evidencia-se que a bioética assume papel precípua na solução de conflitos advindos dos avanços da ciência, na medida em que se preocupa em perquirir se a ciência está posta para a utilidade do ser humano, ou o contrário, se a pessoa é usada como objeto da ciência; sem desprezar o fato de que também se torna responsável pela formulação de critérios para a proteção do ser humano, objetivando, com isso, direcionar o avanço científico em razão do ser humano e realização de sua dignidade.

Partindo da premissa de que o avanço da biotecnologia tem o potencial de propiciar benefícios para a humanidade, a Constituição Federal de 1988 (CF-88), baluarte e receptadora das garantias e direitos da personalidade do homem, proclamou em seu art.5º, IX, a liberdade da atividade científica, erigindo-a a categoria de direito fundamental. Destarte, não se pode perder de vista, tal liberdade não poderá ser considerada como absoluta e ilimitada, posto que a mesma Constituição, concomitantemente, também consagra e ampara outros valores e bens jurídicos como a vida e a integridade física e psíquica. Assim, patente resta que o desenvolvimento científico, inobstante apresentar determinado grau de relevância e importância, não poderá se sobrepor à vida e à dignidade do ser humano, devendo-se, para tanto, buscar um ponto de equilíbrio, a fim de evitar que as ações científicas, num futuro não muito distante, gerem riscos de coisificar o ser humano. Tem-se que um dos grandes problemas da atualidade deságua no desafio proposto não somente aos médicos, como também cientistas, juristas, antropólogos, entre outros, de buscar e encontrar o ponto de equilíbrio entre a progressão tecnológica e a preservação da dignidade do ser humano.

Sim, os desafios trazidos pela biomedicina também fizeram florescer um novo ramo do Direito que vem ganhando autonomia, o biodireito. Que poderá ser definido de acordo com Maria Helena Diniz (2014, p.32) como:

Estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como, o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Vê-se, com clareza, que o Direito se constitui num importante instrumento de controle social que não poderá se quedar inerte diante de questões tão sérias e complexas, a ponto de deixar que o avanço da biotecnologia ultrapasse fronteiras sem qualquer limitação e, irresponsavelmente, ocasione vulnerações irreparáveis à humanidade, como pode ser citado, à guisa de exemplo, o mau uso de seres humanos em pesquisas científicas, assim como alteração de códigos genéticos por uso indevido do Projeto Genoma Humano. Ainda seguindo a maestria de Maria Helena Diniz (2014, p.33) é mais que incontestado o papel relevante da bioética e a necessidade de consolidação do biodireito como ramo autônomo e instrumento para evitar a coisificação do ser humano, estabelecendo-se, entre ambos, uma relação de perfeita compatibilidade e coordenação voltadas para o bem da humanidade, mesmo porque um dos grandes desafios neste século 21, no nosso sentir, é fazer com que essas técnicas sejam acessíveis àqueles que delas possam se beneficiar, sem perder de vista, no entanto, as diversidades culturais e pessoais, assim como as questões éticas que tais avanços impõem. Convém ainda registrar que na América Latina os principais centros (56 do Brasil) ligados à Rede Latinoamericana de Reprodução Assistida (REDLARA) reportaram em 2006 o número de 29763 ciclos com aspirações, resultando em 8662 gestações e 8462 bebês nascidos. Este registro mostra uma ponta do iceberg, daqueles que conseguiram chegar ao processo (SOUZA, 2008).

2.3 ESPÉCIES DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA

Inicialmente, mister se faz compreender o instituto científico da reprodução assistida e suas diversas modalidades. Com efeito, entende-se por reprodução assistida a tecnologia que compreende a implantação artificial de espermatozoides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, com o objetivo de permitir a reprodução humana, com o

intento de permitir a fertilidade do casal, geralmente em razão das dificuldades encontradas no âmbito da geração espontânea da prole.

Para uma melhor compreensão da dinâmica e do papel deferido às técnicas de reprodução humana assistida, não podemos deixar de lembrar que o início da vida humana através da fecundação natural ocorre quando se verifica a fusão do gameta masculino com o feminino, sem que haja manipulações de terceiros, dando-se vida a um novo ser, sendo certo que em condições normais a fecundação deverá ocorrer na trompa de falópio, órgão este que integra o aparelho reprodutor feminino. Logo após a fecundação, ocorre a fusão dos núcleos das células germinativas, formando-se uma célula individuada que se denomina ovo ou zigoto (MACHADO, 2012, p.19).

A reprodução humana envolve a presença de células sexuais, também, denominadas de células germinativas, sendo que as masculinas são os espermatozoides e as femininas são os óvulos. Cada uma destas células contém uma sequência de 23 cromossomos que ao se unirem formarão a sequência completa de 46 cromossomos da cadeia de ácido desoxirribonucleico (DNA). O DNA estabelecerá, de logo, as características do novo ser formado que, apesar de herdar algumas semelhanças transmitidas por seus genitores, guardará uma relação de independência e individualidade (MACHADO, 2012, p. 17-18).

Creemos ser de suma importância ressaltar as principais distinções acerca das técnicas médicas utilizadas, máxime que o tema aqui abordado é multidisciplinar e por certo suscita dúvidas que prescindem de esclarecimentos mais técnicos.

Para o campo da medicina, a reprodução humana possui cinco tipos, que são: a inseminação artificial intrauterina – IIU; fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões – FIVETE; a transferência intratubária de gametas– GIFT; a transferência intratubária de zigos – ZIFT; e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI. (MALUF, 2010, p. 157).

Consiste a inseminação artificial intrauterina – IIU na introdução de espermatozoides, efetivada de forma artificial, no interior do canal genital feminino com a ajuda de um cateter. Registra-se que essa técnica é a mais singela entre as demais técnicas de reprodução humana assistida, e pode ser utilizada para casos como de incompatibilidade do muco cervical, deficiências seminal leve ou em casos de alterações na ovulação ou na concentração espermática (MALUF, 2010, p. 157).

Por sua vez, a fertilização *in vitro* convencional com a posterior transferência intrauterina dos embriões, também conhecida por FIVETE, é a técnica realizada em

laboratório para a confecção dos embriões de modo artificial (reunião artificial do gameta feminino ao gameta masculino), com a sua futura transferência para o corpo materno. Essa técnica estimula a hiperovulação da mulher, por meio da utilização de hormônios e quando há a formação de vários folículos maduros, estes são colhidos por punção, feita por meio de ultrassonografia endovaginal e colocados junto a espermatozóides num recipiente denominado placa de petri, onde efetiva a fecundação. Depois de 48 horas aproximadamente os embriões contendo de quatro a oito células são transferidos para a cavidade uterina. Curioso é que nessa técnica poderá haver a probabilidade de gravidez múltipla, assim como também poderá ocorrer aborto espontâneo. (MALUF, 2010, p. 157).

Essa técnica foi desenvolvida com sucesso no final da década de 70 e reproduz a fecundação, artificialmente, fora do corpo humano utilizando-se um tubo de ensaio para simular o ambiente da trompa de falópio, sendo que o processo de concepção se desenvolve em várias fases, e que referida técnica ficou conhecida popularmente como “bebê de proveta” e, geralmente, como acima dito, formam-se múltiplos embriões, os quais são submetidos a uma pré-seleção para se definir quais reúnem as condições necessárias para serem implantados.

Registra-se que neste procedimento o processo de desenvolvimento embrionário ocorre em laboratório, sem que haja intervenção humana, e o processo de clivagem da célula germinada inicia-se e segue seu percurso normal até se tornar um blastocisto, pronto para a nidação, que poderá acontecer se houver implante no útero materno. Evidencia-se, assim, que mesmo nesta técnica as células germinativas, ao serem fecundadas, adquirem força vital própria e, portanto, individualidade, formando-se um novo ser: o embrião (BOURGUET, 2002, p.52-53).

Existe recomendação, na técnica em análise, para o implante máximo de 4 embriões que se pauta nos cuidados necessários para a preservação da saúde tanto da mãe quanto do feto. No Brasil, como melhor explicaremos no próximo tópico, há um vácuo legislativo. Apenas a já citada Resolução n. 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina, que tem natureza meramente deontológica, trata desta questão, recomendando o número de embriões que devem ser implantados em um único procedimento, e para tanto, estabelece como critério a idade:

I - PRINCÍPIOS GERAIS 1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

7 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem

transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

8 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária. (CFM,2017)

Frise-se que a descoberta da criogenia propiciou a criopreservação de embriões humanos que, para aumentar a eficácia da fertilização *in vitro*, normalmente criam-se embriões além do número que seria seguro transferir para o útero (quatro), os embriões excedentes são congelados em cilindro de nitrogênio, guardando-os para uma nova tentativa, caso não ocorra gravidez no primeiro implante. Como nem sempre os embriões crioconservados são utilizados, formando-se os embriões supranumerários, inicia-se, a partir de então, toda a celeuma acerca de sua destinação⁵.

A técnica nominada transferência intratubária de gametas – GIFT consiste na transferência dos espermatozoides e óvulos imaturos que foram inicialmente colhidos para a tuba uterina da mãe, onde serão aproximados, propiciando, por conseguinte, a fertilização natural nessa região. Essa técnica é chamada de fertilização *in vivo* (PUSSI, 2008, p. 323).

Já a transferência intratubária de zigoto – ZIFT é a técnica que corresponde à retirada do óvulo da mulher para ser fecundado com o sêmen do marido/companheiro ou até mesmo de doador anônimo em laboratório para posteriormente introduzir o embrião já anteriormente fecundado *in vitro* no útero da mulher. Por isso esta técnica é chamada de fecundação *in vitro*.(PUSSI, 2008, p. 323).

Por derradeiro, a técnica denominada injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI é aquela em que é realizada diretamente uma injeção de espermatozoides no citoplasma de um ovócito maduro, com a ajuda de um aparelho especial que contém microagulhas para injeção. Convém ressaltar que a eleição de qual técnica será utilizada no

⁵ V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1- As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos. 2- O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados. 3- No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. 4- Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.Parágrafo único. Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.(CFM, 2017)

caso concreto dependerá exclusivamente das necessidades/prioridades de cada paciente (MALUF, 2010, p. 158).

De outra via, no campo jurídico, conforme disposição contida no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro, o mesmo prevê dois tipos de reprodução humana medicamente assistida, realizada por meio das técnicas de inseminação artificial: a inseminação artificial homóloga e a heteróloga.

Tem-se por homóloga a inseminação feita com material genético do próprio casal (cônjuges ou companheiros). Pautando-se na maestria de Barbosa (2011, p. 5) “a reprodução humana assistida *homóloga* decorre da utilização do material genético do próprio casal (óvulo e espermatozóide)”. Essa técnica é utilizada quando por algum motivo o casal não consegue de forma natural, através da relação sexual chegar à fecundação, podendo-se, portanto, recorrer às técnicas de inseminação para que se converta a impossibilidade de procriação na possibilidade de realização de um sonho de gerar seu próprio filho.

De acordo com Venosa (2008, p. 226), a inseminação artificial homóloga “é utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.)”; sendo certo, ainda, que no tocante às relações parentais não há maiores complicações, uma vez que a presunção de paternidade está devidamente prevista no Código Civil de 2002, como dispõe o artigo 1.597, inciso III: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Não bastasse a previsão legal suso mencionada, o fato é que o critério biológico, ou seja, a filiação decorrente da linha reta consangüínea confirmaria a paternidade, uma vez que os filhos nascidos terão o mesmo material genético dos pais, posto terem sido estes os doadores dos gametas. Com base nos ensinamentos de Dias (2011, p. 367/368) “na fecundação artificial homóloga, não há necessidade de autorização do marido. A cláusula “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada tão somente para fins do estabelecimento da paternidade [...]”. Assim, a discussão aqui travada deságua no que pertine à inseminação *post mortem* que, como o próprio nome revela, é realizada após a morte do doador. De acordo com Gonçalves (2012, p.324) “[...] é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.” Para Maluf (2010, p. 162/163) a discussão doutrinária em face deste tema se baseia em direitos personalíssimos.

Um desdobramento polêmico em matéria de bioética é a fecundação artificial “post mortem”, tanto em seus efeitos para a geração do filho que de antemão não conhecerá um dos genitores, fazendo-se chocar dois direitos personalíssimos, o direito à procriação e o direito à biparentalidade biológica, quanto da necessidade de autorização expressa de ambos os doadores, que deve ser irrevogável, para a utilização de seu material genético. (MALUF 2010, p. 162/163, aspas no original)

Não se pode perder de vista que referida discussão também reflete diretamente no direito sucessório. Melhor explicando: se um herdeiro do *de cuius* for gerado após a sua morte, isso traria inevitáveis complicações para a sucessão de seus bens, por força do estatuído no artigo 1798 do Código Civil que preconiza que “Legitimam-se a suceder os herdeiros nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão”; e como a sucessão é aberta ao tempo do óbito, ganhando força o princípio da *saisine*, restaria a indagação se o herdeiro concebido após a morte, mediante as técnicas de reprodução humana assistida, teriam ou não, legitimidade para herdar. Com efeito, esse tema tem em seu bojo vários argumentos, e nada obstante seguirmos o entendimento de que tal herdeiro teria legitimidade desde que concebido no prazo máximo de 10 anos a contar da abertura da sucessão, em homenagem ao prazo da ação de petição de herança, o certo é que não iremos nos aprofundar nesse trabalho, uma vez que tal discussão não é o objeto central desta pesquisa.

Por sua vez, a inseminação denominada heteróloga é aquela que é efetivada com o material genético de terceiros, o que nos permite asseverar que esta reprodução ocorre quando se utiliza material genético de doadores anônimos. Como bem salienta Maluf (2010, p. 163) “[...] é aquela realizada com material genético de doador, podendo ser de apenas um deles – homem ou a mulher – ou de ambos, havendo assim a transferência de embrião doado”.

Nessa modalidade de reprodução medicamente assistida o material genético doado pode ser o óvulo ou o espermatozoide. Assim, por ser o sêmen (gameta masculino) proveniente de um doador anônimo é feita a utilização deste para a fecundação do óvulo da mulher *in vitro*, ou seja, em laboratório; de igual sorte, sendo o óvulo obtido por doação anônima é feita a fecundação deste *in vitro* com o sêmen do marido ou companheiro, ou poderá ocorrer do sêmen também ser doado, colhido dos bancos de espermas. “Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. [...] recorre-se aos chamados bancos de esperma [...]” (VENOSA, 2008, p. 226).

Nada obstante ser comum distinguir os termos esterilidade e infertilidade, conceituando o primeiro como sendo uma incapacidade permanente e irreversível de procriar, enquanto que o segundo como sendo uma incapacidade que poderá ser submetida

a tratamento e, portanto, apresentando possibilidade de reversibilidade, o certo é que a Organização Mundial de Saúde (OMS) ao definir a infertilidade, não estabeleceu quaisquer distinções, tratando-os como sinônimos. Demais disso, as causas de infertilidade ou esterilidade masculina e feminina podem ter as mais variáveis origens. No homem, podem decorrer de varicocele, infecções do trato genital, malformação congênita, azoospermia, oligozoospermia severa, causas hormonais e causas idiopáticas. Na mulher, por sua vez, podem decorrer de disfunções na ovulação, doença das tubas de falópio, endometriose pélvica, doenças congênitas e genéticas. Ademais, a infertilidade poderá decorrer de idade avançada (FERRAZ, 2011, p.43).

Percebe-se, portanto, que quando há a impossibilidade de um ou ambos, cônjuges ou companheiros, que por alguma anomalia na saúde não conseguem reproduzir naturalmente com o próprio material genético, poderão, se assim desejarem, recorrer aos bancos de doação para que seja satisfeito o desejo pessoal da paternidade e/ou maternidade.

Frise-se que na hipótese de a mulher ser casada, necessário se faz, para que seja realizada a inseminação com o sêmen de doador anônimo, que o marido autorize previamente tal procedimento, conforme previsão contida no artigo 1.597, inciso V do Código Civil Brasileiro de 2002 que dispõe o seguinte: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (BRASIL, 2013 a).

Acerca da autorização do marido/companheiro para a inseminação com o sêmen de doador anônimo, relevante se mostra a lição de Lôbo (2008, p. 200)

A lei não exige que o marido seja estéril ou, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia” razão por que ser verbal e comprovada em juízo como tal. Ressalta-se a distinção entre o *pater* e o *genitor* ou doador anônimo. (grifos no original)

Cabe ressaltar que uma vez dado o consentimento, este não pode ser mais revogado e a paternidade não poderá ser impugnada pelo marido em razão do critério biológico, por óbvio. “A manifestação do cônjuge corresponde a uma **adoção antenatal**, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai” (DIAS, 2011, p. 369, negrito no original). Destarte, se por algum motivo o casal vier a se separar após o consentimento do marido ou companheiro, poderia se indagar se neste caso haveria ou não a possibilidade da prévia autorização ser revogada antes do embrião ter sido implantado no ventre materno. Inobstante

as opiniões em contrário, mas de acordo com os ensinamentos de Dias (2011, p. 370) “separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher”. Mais uma vez, olvidaremos de tecer maiores comentários acerca dessa problemática por não ser esse o foco do nosso trabalho.

Além dessa discussão acima mencionada, na inseminação realizada pelo método heterólogo, a doutrina também diverge sobre vários outros aspectos, como no tocante à gravidez sub-rogada, impossibilidade de ação negatória de paternidade, possibilidade ou não da identificação da origem genética do doador, assunto este que mais adiante nos aprofundamos, posto ser ele a mola propulsora da nossa pesquisa. Também no que concerne à cessão temporária do útero materno, ou a tão consagrada “barriga de aluguel”, vislumbra-se a problemática em virtude da reprodução ser realizada no corpo de um terceiro, “alheio”, ao vínculo da maternidade, de acordo com o sistema jurídico brasileiro. Nesta senda, ressalta-se que a exigência normativa para que se realize a cessão do útero materno está prevista na Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:
 - 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
 - 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
 - 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
 - 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
 - 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
 - 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável. (CFM, 2017)

Conforme evidenciado na mencionada Resolução, o grau de parentesco entre a doadora e a receptora na linha reta alcança apenas o segundo grau e na linha colateral o último

grau, que coincide com o quarto, não havendo previsão para o parentesco por afinidade, salvo deliberação do Conselho Reginal de Medicina ou autorização judicial; e que a doação temporária do útero materno não pode ter caráter comercial, não podendo, com efeito, auferir a doadora do útero qualquer lucro relativo a pratica da doação do seu útero por um período de tempo (período gestacional). Assim, para que a gravidez sub-rogada ocorra mister se faz que exista o consentimento informado dos partícipes: da mãe biológica (mulher que fornecerá o óvulo), do pai biológico (marido ou companheiro da doadora) e da receptora (mulher que cederá seu ventre para gerar um filho). Desse modo, a partir do momento que o filho(a) nascer, este(a) deverá ser entregue imediatamente a mãe biológica, vale dizer, a que forneceu o óvulo (MALUF, 2010, p. 164).

Com base ainda na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2017) a busca pela gestação de forma sub-rogada, ou gravidez por substituição, deverá ser a última alternativa a ser eleita e tentada pelo casal, devendo apenas ser realizada quando realmente não se obter por outras maneiras o resultado almejado, cabendo que esse tema, em razão da sua alta complexidade, também é objeto de bastante discussão doutrinária e jurisprudencial e, portanto, mais uma vez, deixaremos a margem de mais longos comentários, por não ser o alvo principal de nossa pesquisa.

Verifica-se, assim, que as técnicas de reprodução assistida, notadamente a heteróloga, possibilitam assegurar o direito de planejamento familiar do homem infértil, gerando uma das modalidades de paternidade socioafetiva previstas no Código Civil de 2002. Atualmente, tornou-se comum a doação de óvulos, que vem integrar a reprodução heteróloga feminina (LOUREIRO, 2009, p. 100-104).

2.4 DISCIPLINA NORMATIVA

Em que pese o direito de família no Brasil, desde o advento do Código Civil de 1916, ter sido pautada no aspecto patrimonialista, com a forte prevalência da figura *do pater* e com o objetivo precípua da legislação voltada para a proteção do patrimônio, o certo é que a Constituição Federal de 1988 chegou para romper com estes paradigmas, na medida que coloca a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, promovendo a despatrimonialização e personalização da família, que passa ser a célula *mater* da sociedade, merecendo, portanto, proteção especial do Estado, constituindo-se num comando de inclusão (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 37-39). Assim, nada obstante a ausência de legislação específica acerca do tema, o certo é que as técnicas de RA são garantidas na

legislação pátria. À guisa de exemplo, a Lei de Planejamento Familiar, Lei n. 9.263/93, em seu art. 9º consolida as referidas técnicas que deverão, inclusive, ser custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesta senda, também foi editada a Lei n. 11.935, de 11 de maio de 2009, que determinou o acesso às técnicas de RA aos usuários de assistência de saúde privada, concretizando, assim, a liberdade de planejamento familiar.

Cabe salientar que o Código Civil de 2002, no que toca ao planejamento familiar, não trouxe disciplina específica, permanecendo em vigência, portanto, a Lei 9.263/93. Destarte, consagrou, em disposição de caráter geral, a liberdade de planejamento familiar do casal, conforme disposição contida no §2º do art. 1.565. Por sua vez, ao tratar da presunção de filiação, o referido diploma legal, conforme disposição contida no artigo 1.597, alinhou-se ao avanço da biotecnologia, na medida que consagrou o uso das técnicas de reprodução assistida como meio de exercício do planejamento familiar, contemplando, inclusive, a concepção *post mortem* e a filiação heteróloga, sedimentando, dessa forma, a família afetiva.

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...)
 III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrente de concepção artificial homóloga;
 V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

De mais a mais, embora o Código Civil de 2002 não tenha definido as técnicas de RA e estabelecido um regramento específico, não se pode olvidar que o mesmo disciplinou de forma vanguardista o tema da inseminação artificial *post mortem* que era tratado com reservas pela doutrina que não o recepcionava, ao argumento que a geração de prole pressupõe pessoas vivas, conscientes da assunção da responsabilidade pela vida, saúde e pela educação da prole, e que ao admitir esta espécie de concepção, estar-se-ia indo de encontro à ordem natural (BITTAR, 1993, p. 1). Tais ponderações no entanto, não encontram guarida, máxime que a CF-88 estabelece, de forma clara e nítida, como forma de entidade familiar, a família monoparental, sem desprezar o fato de que o casal tem liberdade de estabelecer um projeto parental, hipótese que veio ser consolidada pelo diploma civil, alinhando-se com os avanços da biotecnologia.

O fato é que não se pode negar os reflexos das Técnicas de Reprodução Humana Assistida nas estruturas familiares contemporâneas, e que o Código Civil de 2002 reconheceu a prevalência da manifestação de vontade alicerçada no afeto, consagrando a paternidade socioafetiva em detrimento da própria verdade biológica, principalmente quando

reconheceu a paternidade presumida da filiação proveniente de RA heteróloga, modalidade esta que será detidamente analisada nos capítulos seguintes. Ademais, em homenagem ao projeto parental construído pelos cônjuges ou companheiros, admite-se a fecundação *post mortem*, desde que autorizada pelo dono do material genético. Assim, vê-se que todas estas práticas encontram-se açambarcadas num eixo fundamental das relações familiares, tendo por premissa a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana.

Sim, por certo que a CF/88 consagrou a liberdade de planejamento familiar estabelecendo a possibilidade de exercício amplo pelo casal, no entanto, estabeleceu limites pautados na dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, repita-se, conforme preconizado em seu art. 226, §7º, *in verbis*:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e 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.

Seguindo a maestria de FARIAS, a paternidade responsável pode ser considerada como diretriz que fundamenta o direito parental e a liberdade de planejamento familiar, sendo que o primeiro no toca à responsabilidade dos pais em relação aos filhos; e o segundo, no que se refere à autonomia da pessoa para optar se quer ou não procriar e sua quantificação, mediante uma decisão consciente e responsável, posto que o principal propósito do planejamento familiar, por certo, é evitar a formação de núcleos familiares desestruturados, sem uma condição mínima de manutenção e sustento da prole (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p.47). Pode-se também asseverar que o planejamento familiar também se constitui na busca de realização do projeto parental devendo a pessoa humana ter livre acesso às técnicas de reprodução humana assistida como forma de consolidação deste direito fundamental (DIAS, 2009, p. 326).

Como a cada 02 anos o CFM edita uma nova Resolução acerca das técnicas de reprodução humana assistida, atualmente está em vigor a Resolução nº 2.168/2017, publicada no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 2017, que revogou expressamente a Resolução CFM n.º 2.121/15, cabendo frisar que se trata de norma sem caráter de generalidade e imperatividade, pois sua natureza é de mera recomendação para a classe médica, porém, referida Resolução estabeleceu normas éticas para a utilização dessas técnicas por ter entendido e/ou considerado a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações, inclusive, médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; bem como por ter assimilado que o avanço do conhecimento científico já permite

solucionar vários casos de problemas de reprodução humana; sem contar ainda com a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica.

A atual Resolução trouxe como uma das novidades a possibilidade de cessão temporária do útero por familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente, como filhas e sobrinhas, vez que pela resolução anterior (2121/15) apenas mãe, avó, irmã, tia e prima podiam participar do processo de “barriga solidária”. Ainda de acordo com as novas regras, pessoas solteiras⁶ — homens ou mulheres — também passam a ter o direito de utilizar esse recurso.

Para Isaac Yadid, médico que participou da equipe responsável pelo primeiro bebê de proveta do Brasil, as mudanças anunciadas “contemplam um momento novo da sociedade”. Ele destaca o fato de que muitas pessoas não têm família grande, com tantas parentes em idade fértil para recorrer. Assim, quanto mais opções, melhor. Isso permite que pessoas que estavam excluídas de tratamentos por não terem mãe ou prima capazes de engravidar sejam incluídas — afirma ele, que acredita que essas sejam “demandas reprimidas que existiam”.

O prazo para descarte de embriões congelados era de 5 anos e não havia regras claras sobre descarte de embriões abandonados. Agora o prazo passou a ser 3 anos, e a clínica não conseguir contato com os responsáveis, ela tem autonomia para descartá-los depois de 3 anos. Destarte, no tocante à possibilidade da revelação da identidade civil do doador nas reprodução humana heteróloga nada foi alterado, remanescendo, portanto, a necessidade de regulamentação jurídica, posto que referida resolução não tem força normativa, conforme alhures dito.

Na primeira seção, que contempla 08 tópicos(n. 1-8) inicialmente estabelece princípios gerais que guardam relação com os princípios norteadores da bioética, destacando que a RA tem o papel de facilitar o processo de procriação, e que essas técnicas só devem ser utilizadas quando houver probabilidade de sucesso, sem grave risco à saúde das pacientes e dos possíveis descendentes, bem como limita a idade das usuárias a 50 anos ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de 50 anos, excetuando-se esse limite de idade, de acordo com fundamentos técnicos e científicos apresentados pelo

⁶ Cabe ressaltar que antes dessa nova resolução não estava claro que homens solteiros poderiam ter uma produção independente. Para mulheres solteiras capazes de engravidar era simples: elas recebiam espermatozoides de um doador e realizavam a fertilização. Mas para homens sem companheira que querem ter filhos é necessária uma barriga solidária. Agora a resolução deixa claro que isso é permitido: eles podem pegar óvulos de uma doadora e utilizar o útero de uma “barriga solidária”.

médico responsável. Determina, a obrigatoriedade do consentimento, por escrito, devidamente livre e esclarecido acerca das circunstâncias da aplicação da técnica optada, bem como dos resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. Mais que isso, as informações devem contemplar dados de caráter biológico, jurídico e ético. Veda a pré-seleção de sexo e características biológicas do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer; e nessa seção, por fim, estabelece como única finalidade de uso a procriação humana.

Na seção II, que abraça 03 tópicos (n. 1 a 3), define quem pode ser paciente receptora das técnicas de RA, esclarecendo ser acessível a qualquer pessoa maior e capaz, desde que não se afaste dos princípios da resolução e que tenha manifestado consentimento informado. Prevê a permissão do uso das técnicas para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico; e como aspecto inovador, permite a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

Analisando a seção III, que possui quatro tópicos (n.1 a 4), e que trata dos requisitos e deveres atribuídos às clínicas, centros ou serviços que apliquem técnica de RA, observa-se, primeiramente, que tais clínicas são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico e, para que as mesmas funcionem, devem cumprir alguns requisitos: contratação de um diretor técnico que deve ser médico com registro no Conselho Regional de Medicina (CRM) de sua jurisdição; manutenção de registro permanente de todos os procedimentos realizados provenientes das diferentes técnicas em apreço, incluindo os resultados das gestações, dos nascimentos e malformações fetais, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões; registro permanente das provas diagnósticas realizadas para fornecer ao paciente, com o fim precípua de evitar a transmissão de doenças; e que tais registros fiquem disponíveis para eventual fiscalização do Conselho Regional de Medicina.

Passeando pela seção IV, a qual se desenvolve em 09 tópicos (n. 1-9), disciplina a doação de gametas ou embriões estabelecendo algumas normas: não poderá haver finalidade lucrativa; limitação de idade para os doadores, sendo 35 para mulheres e 50 para homens; obrigação de manutenção de registro permanente acerca de todos os dados clínicos e biológicos dos doadores; deve-se, também, procurar evitar que um doador venha a produzir mais que duas gestações de crianças com sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes; a escolha do doador, de responsabilidade do médico, dentro do possível, deverá

guardar uma relação de semelhança fenotípica e imunológica e máxima compatibilidade com a receptora; proíbe que os médicos e integrantes da equipe multidisciplinar, que prestam serviços no estabelecimento, sejam doadores de gametas, permitindo, no entanto, a doação voluntária de gametas; obrigatoriedade de manter sigilo acerca da identidade dos doadores e receptores das técnicas, salvo em situações especiais, cujas informações sobre os doadores, por motivação médica, poderiam ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se, destarte, a identidade civil do(a) doador(a); motivo pelo qual destacamos que é exatamente nesse ponto que será travado o cerne de nossa pesquisa, posto que, conforme veremos no capítulo quarto (terceiro do desenvolvimento) apontamos e/ou defendemos seguimentos que permitem que, em situações excepcionais, os filhos nascidos pelo método da reprodução humana assistida, na modalidade heteróloga, tenham direito de saber a origem genética (identificação civil) do seu doador.

Na seção V, que acopla 05 tópicos (n. 1-5), a Resolução à epígrafe estabelece regras acerca da crioconservação de gametas ou embriões e diagnóstico genético pré-implantatório de embriões, e possibilita a crioconservação de embriões, espermatozoides, óvulos e tecidos gonádicos. Prever ainda o dever de informação ao paciente acerca do número total de embriões gerados para que o mesmo decida quantos embriões serão transferidos a fresco, permitindo que os excedentes sejam criopreservados, bem como expresse sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados. Estabelece, ainda, que os embriões criopreservados possam ser descartados, desde que tenham mais de cinco anos.

Conforme previsto na seção VI, que reúne 03 tópicos (n. 1-3), as técnicas de RA podem ser utilizadas e aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, bem como também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA⁴ para se fazer a seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal afetado por doença que possa ser curada com transplantes de célula-tronco ou órgão. Também fixa o tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro que será de 14 dias.

Na seção VII, que também reúne 03 tópicos (n.1-3), a Resolução permite que as clínicas possam usar as técnicas de RA para as hipóteses de GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO), desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva, e que as doadoras temporárias do útero pertençam à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau

– irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), e ainda que referida doação não tenha caráter lucrativo ou comercial.

Por fim, na **seção VIII**, a suso mencionada Resolução permite a reprodução assistida *post-mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente, sendo certo que referida disposição se alinha com a nova legislação vigente, *in casu*, Código Civil de 2002.

Nada obstante o avanço da Resolução em análise quando comparada com a de 2121/15, o fato é que a mesma, em alguns aspectos, ainda vem gerando polêmicas no âmbito jurídico, como, por exemplo, o cerceamento à liberdade de planejamento familiar, através da limitação de idade para as mulheres com mais de 50 anos, ficando estas a mercê da classe médica. Não bastasse isso, também adentra em campo melindroso quando autoriza o descarte de embriões excedentários crioconservados há mais de 03 (três) anos, violando, no nosso sentir, o princípio da paternidade responsável que se inicia na concepção e se perpetra até o momento que for necessário para o acompanhamento dos filhos pelos pais e também embasa a liberdade de planejamento familiar. Destarte, não se pode perder de vista que a única direção atualmente para a realização dos procedimentos de reprodução humana assistida está estabelecida nesta Resolução do Conselho Federal de Medicina, que exerce sim o papel de fixar padrões uniformes de comportamento e ética para o exercício profissional dos médicos especializados e atuantes nesta área, posto que apesar de existir projeto de lei nesse sentido, sobre o qual falaremos adiante, o mesmo ainda não fora convertido em lei. Assim, resta patente a necessidade de regulamentação jurídica.

Cabe frisar que a primeira tentativa de regulamentação da RA foi o Projeto de Lei n. 3.638 de 29 de março de 1993, de autoria do deputado Luiz Moreira, sendo que o mesmo não passava de uma cópia da Resolução do CFM n. 1.358/92, máxime que seu objeto prendia-se à disciplina das questões relativas à inseminação artificial, fertilização *in vitro* e gestação em útero alheio, tendo sido arquivado no Senado Federal sem aprovação (FERNANDES, 2005, p.118). Já o segundo projeto, de autoria do Deputado Confúcio Moura, PL n.º2.855 de 13 de março de 1997, incluía a fecundação *in vitro*, a transferência intratubária de gametas, a transferência de pré-embriões, a crioconservação de embriões e a gestação de substituição, tendo sido apensado, posteriormente, ao PL n. 4665 de autoria do Deputado Lamartine Posella, e, em julho de 2003, ao PL 1184/2003, mas também não houve aprovação (FERNANDES, 2005, p.118).

O fato é que todos esses projetos optaram por disciplinar as técnicas de RA com a mesma dinâmica e limitações das Resoluções do Conselho Federal de Medicina da época, o que nos permite que desse modo revelavam-se como inócuos para solucionar os problemas advindos com o avanço desenfreado da ciência e condutas dos cientistas envolvidos com pesquisa neste campo, máxime que os reflexos jurídicos da RA, notadamente nas relações de filiação e direitos da personalidade da pessoa humana, clamam pela necessidade de edição de uma legislação específica que atenda as peculiaridades acerca do tema. A lacuna existente agrava-se principalmente quando os Tribunais Superiores proferem decisões conflitantes acerca de questões que se relacionam com o tema.

Injustificável a omissão do Poder Legislativo acerca deste tema, quando sabemos que a CF-88 estabeleceu em seu art. 196 que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”; e que apesar, no âmbito do Ministério da Saúde existirem diversas Políticas Públicas em atenção ao cumprimento do comando constitucional, o certo é que tais políticas visando propiciar o acesso à reprodução humana assistida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), inicialmente através das portarias nº 426 de 22 de março de 2005, do Gabinete do Ministro e a n.º 388, de 06 de julho de 2005, da Secretaria de Atenção à Saúde, não asseguraram o acesso universal à reprodução humana, posto que restringiu à pequena parcela da população.

Ressalta-se, ainda, que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 115/15, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, de autoria do Deputado JUSCELINO REZENDE FILHO PRP/MA, cujo projeto foi apensado ao Projeto de Lei que foi apresentado pelo ex-deputado Dr. Eleuses Paiva, com o nº 4892/2012; e como justificativa para apresentação do novel projeto trilhou no fato de que a família goza de proteção especial por parte do Estado nos moldes do artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988, e que as técnicas médicas de Reprodução Humana Assistida têm caráter terapêutico e são reconhecidas e aplicadas em nosso país desde 1984 e no mundo desde 1978. Salientou, ainda, que o Ministério da Saúde, por Resolução emanada da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária já disciplinou, no âmbito administrativo, o funcionamento de Bancos de Células e Tecidos Germinativos - BCTGs e criou o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, e que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária reconheceu no último relatório, publicado em 2012, um número

estimado de cento e vinte clínicas espalhadas pelo país, porém somente setenta e sete cadastradas. Destacou também que o Código Civil de 2002 reconheceu como filhos por presunção aqueles nascidos com a utilização de técnicas de reprodução assistida em seu artigo 1.597, sem ter regulado, no entanto, os efeitos desse reconhecimento, em que pese há mais de uma década haver países que já possuem diploma legal próprio regulando a aplicação e uso das técnicas de reprodução humana, como no caso da Espanha, Portugal, Itália e Reino Unido.

Em síntese, o presente projeto de lei tem a finalidade de regular no âmbito civil, administrativo e penal, as ações de aplicação e utilização das técnicas médicas de auxílio à reprodução humana, principalmente pelo fato de que atos ilícitos e crimes vêm sendo cometidos em razão da aplicação inconsequente e não regulamentada das técnicas médicas reprodutivas. Demais disso, cabe frisar que no tocante ao cerne da nossa pesquisa, o artigo 13 do referido projeto dispõe que “Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor”; e complementa em seu Art. 19:

“Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Parágrafo único. **O mesmo direito é garantido ao doador** em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante”. (grifo nosso).

Como vimos de ver, o Projeto 115/2015 não somente garante, em circunstâncias excepcionais e mediante autorização judicial, a quebra do sigilo da identificação civil do doador como também da do filho.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

Cabe de saída ressaltar que o presente estudo enfrenta tema de direito de família, instituto prioritariamente do direito privado que integra o Código Civil de 2002. Destarte, hodiernamente, ao falar-se em direito de família, observa-se que a Constituição deixou de ser simplesmente textos normativos que regulavam e protegiam os cidadãos nas relações entre estes e o Estado e passaram, por conseguinte, a incidir e proteger as relações entre os privados também, na medida em que se tem a chamada constitucionalização do direito privado. No âmbito do direito privado, a constitucionalização deve ser entendida como a elevação de institutos tipicamente de direito privado ao status constitucional, tendo como exemplo desse fenômeno jurídico a família.

3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

De saída, cabe frisar que a Idade Média foi marcada pelo desenvolvimento do comércio situado nos burgos, fora do domínio do senhor feudal, favorecendo o crescimento de impérios financeiros e, por conseguinte, a expansão da propriedade privada. Foi justamente neste cenário que chegavam ao fim os privilégios dos nobres e do Clero, este último, diga-se de passagem, o mais resistente a permanecer com as benesses, surgindo, então, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A partir dessa nova realidade, surgiu a reunião das leis civis no Código de Napoleão de 1804, colocando o direito civil como o centro da ordem jurídica, pulverizando um sentimento de segurança formatado na ideia de completude e perenidade. A este respeito, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que:

a exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos dos sujeitos passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas, na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa na Grande Revolução, se tornou uma nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a se reconhecer. O “mundo da segurança” é, portanto, o “mundo dos códigos”, que consubstanciam, em ordenada sequência de artigos, os valores do liberalismo do século XIX. (MORAES, 2010, p.34).

A Revolução Francesa marcou o início do Estado Liberal pelo enfraquecimento do feudalismo e, num aspecto sensivelmente privado, pela extinção da propriedade parcelada, fazendo surgir um novo modelo de relação privada – liberal-individual, cujas raízes são encontradas no jusnaturalismo

racionalista e na filosofia liberal. Assim, a propriedade se transforma no símbolo maior da nova ordem jurídica, uma vez que, dada a sua sacralidade e inviolabilidade, seu caráter absoluto, acaba personificando o mais importante dos direitos naturais do homem.

Com o Estado Liberal evidencia-se a clara repartição entre o direito privado e o direito público, sendo que as relações jurídicas no Estado Liberal eram fundadas na liberdade econômica, na “mão invisível” do mercado (ANDRADE, 2001, p. 239) que, na visão predominante na época, conduziria ao melhor dos mundos, mas, na realidade, a intenção era evitar interferência do Estado que pudesse reduzir a atuação da “mão invisível”, colocando em risco os valores da autonomia da esfera privada, a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

A noção de que as regras de direito privado seriam, no Estado Liberal, o centro da ordem jurídica, com uma divisão clara entre o direito privado e o direito público desencadeou no apogeu do direito civil, sendo este fundado numa ótica individualista, traduzido pela reunião de toda uma legislação num *Code*. Assim, tudo parecia perfeito. O homem teria vencido a opressão do período feudal, a propriedade passava a ser um direito absoluto, a liberdade o parâmetro e a fundamentação de todas as relações jurídicas, somado a isso ao Código Civil Francês de 1804 que materializava, pelo sentimento de completude, a ideia de autossuficiência.

Destarte, com a virada do século, o sistema fechado de direito privado, que tinha como centro o Código Civil, passou a sofrer influência das mudanças do século XX, notadamente as decorrentes dos fenômenos econômicos, tanto na Europa como no Brasil. Os efeitos da primeira guerra mundial não tardaram a influenciar na flexibilização do conceito de completude e de autossuficiência do direito privado. Na Alemanha, (WIEACKER, 2010, pp.628-631), mostrou-se necessário a imposição de restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade, fazendo, por conseguinte, surgir uma política econômica global que passou a influenciar o direito privado, com o aparecimento de uma constituição que, por ocasião da falha da livre concorrência ou da ameaça à solidariedade social, fez nascer uma intervenção dos poderes públicos com uma função dirigente pela administração pública da economia. Explicita Wieacker mais adiante,

o princípio funcional comum a este novo domínio charneira entre o direito público tradicional e o direito privado, nos quais a conformação entre o Estado e a sociedade tinham encontrado a sua expressão clássica, é o de que o decurso das funções sociais e econômicas não é dirigido nem pela ordenação estadual directa ne pelo livre jogo da autonomia privada dos sujeitos econômicos, mas pela cooperação entre os grupos sociais ou por uma concorrência coordenada pelos poderes públicos. Uma vez que o que aqui se exprimia era a irresistível integração da sociedade econômica na ordem jurídica pública (integração que jusracionalismo liberal e o liberalismo clássico não tinham pretendido), estes princípios foram-se impondo constantemente na realidade jurídica alemã do século XX, através de todas as mudanças de governos e dos sistemas políticos. ... Isto significa, no entanto, que, neste sistema ordenador, os princípios constitutivos do direito privado clássico – a fundamentação dos direitos subjetivos privados e da

autonomia negocial privada e as conexões conceituais e a unidade interna do sistema – estão necessariamente postas à prova e submetidas a uma mutação decisiva de funções. Uma nova legitimação do direito na consciência jurídica do Estado Social e a sua convincente sintonização com o direito social (ao lado de uma integração numa economia concorrencial concebida como princípio de funcionamento do mercado) passaram a constituir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da actualidade.

Registre-se que no Brasil, em seguida aos anos 30 do século passado, observa-se também a quebra do sentimento de completude do Código Civil, a partir de uma maior intervenção do Estado na economia, com a imposição de restrições à autonomia privada e a presença do chamado fenômeno de dirigismo contratual. Destarte, a atuação mais incisiva do Estado na economia, à época, não altera significativamente, na essência, toda a estrutura do direito privado no Brasil, porém, de forma efetiva, termina fazendo fissuras na estrutura do direito civil, até então marcadamente individualista, para possibilitar que se limite a atuação do contratante para preservar interesses coletivos, assim como para preservar a igualdade dos direitos ou sua manutenção nas avenças. Como consequência da influência das ideias do Estado Social sobre as relações privadas, temos o surgimento de uma gama de leis especiais, regulamentando matérias não previstas pelo Código Civil.

Sim, o avanço das ideias do Estado Social conduziram para o nascimento de uma atuação legislativa na ordem do direito privado que, diverso do que ocorria no apogeu do liberalismo oitocentista, com ausência ou menosprezo de abordagem que se preocupassem com políticas públicas, surgem no Brasil o comportamento no qual o legislador deixa de lado a postura equidistante das questões sociais, afastando, assim, a atuação genérica e neutra, para assumir um papel de agente de promoção de valores. Claro que esta mudança de referência do legislador ordinário, com a função de novo papel, trouxe ao direito civil a possibilidade de se recolocar no cenário da ordem jurídica, permitindo que em seu entorno orbitem outros microssistemas que, nada obstante possuírem autonomia, têm com o direito civil uma relação de pertença, pois parte de um todo.

Assim, em todas as ordens jurídicas que, por força da influência das ideias do Estado Social, foi verificada uma importância especial na preservação de interesses coletivos, com uma maior intervenção do Estado na economia e, por conseguinte, uma limitação à autonomia contratual, passando o direito civil a conviver com o fenômeno da constitucionalização do direito, fazendo com que a Constituição se deslocasse de uma posição de mera carta política para colocar-se, de fato, no ápice da ordem jurídica nacional em face de sua força normativa e vinculante. À este fenômeno deu-se o nome de constitucionalização do direito, cujo resultado mais imediato foi “a releitura do Código Civil, bem como das leis especiais à luz da Constituição republicana, para evitar ambiguidades, requer uma adequada reflexão sobre o papel que a Carta Constitucional ocupa na teoria das fontes do direito civil”. (PERLINGIERI, 2008, pp. 569-570).

É bem verdade que a expressão *constitucionalização* não foi bem aceita por juristas que atuam no direito privado, notadamente no direito civil, sendo lugar comum a afirmativa de que *todo direito é constitucional*, seja ele civil, trabalho, penal, tributário, etc... Destacam estes juristas que o fenômeno da constitucionalização não seria algo novo, mas tão somente uma tentativa de reduzir a importância do direito civil, bem como negar a sua tradicional construção dogmática, afirmando a utilização exagerada dos direitos fundamentais na interpretação das regras de direito civil. Destarte, a análise da constitucionalização do direito modifica sim a velha compreensão oitocentista do direito civil, de cunho patrimonialista e individualista, pela qual a propriedade e o contrato estavam no topo da proteção, estando a coisa, portanto, em detrimento da pessoa. Floresce então o dualismo – direito público *versus* direito privado. O Estado cuidando do interesse coletivo, a pessoa, por sua vez, de seus interesses.

Cabe ressaltar que a crítica à dualidade – direito público *versus* direito privado- foi objeto de análise por Hans Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*, na qual pontua que tanto nos atos públicos como nos negócios jurídicos se pode ver um ato do Estado, ou seja, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica. (KELSEN, 1984, p.380). Com efeito, o posicionamento de Hans Kelsen ao relativizar a rigidez da dualidade - direito público *versus* direito privado, além de solidificar a ideia de que esta divisão não tem mais o significado que já ostentou no passado, restando ultrapassado, portanto, o ideal oitocentista, ainda abre caminho para o entendimento de que a convivência entre as normas ditas públicas e as de ordem privada pode ser possível.

Retomando à questão da constitucionalização do direito, pode-se verificar que por tal fenômeno observou-se uma nítida relocação do direito constitucional, saindo de uma posição de mera repositório de expectativas políticas, distante do cotidiano do homem comum, cuja centralidade de suas relações jurídicas se situava na propriedade e no contrato, para colocar no centro do sistema jurídico a constituição com toda a sua carga de princípios, a servir de parâmetro para a interpretação de todas as demais normas existentes no referido sistema. Esta recolocação do direito constitucional fez com que princípios, como o da dignidade da pessoa humana, se constituíssem, sem embargo, num paradigma na interpretação das normas de direito privado, notadamente as de direito civil. Dentro desta circunstância passou-se a considerar de importante relevância o estudo dos direitos fundamentais e a sua intersecção com as relações particulares. E é neste cenário que se insere o direito fundamental do filho nascido mediante as técnicas de reprodução humana heteróloga assistida de, em situações excepcionais, conhecer a identificação civil do doador.

É certo que a inclusão dos direitos fundamentais na interpretação das relações privadas pode ser defendida tomando por premissa a ideia de que, na qualidade de princípio constitucional, deve

reger ou espalhar-se por toda a ordem constitucional, de sorte a validar a interpretação das regras de direito entre particulares e o Estado, como também com relação aos particulares entre si, sendo possível defender, ainda, que as relações entre os particulares, especialmente as relações contratuais possam ser pautadas, para efeito de interpretação, pela observação do atendimento aos direitos fundamentais, notadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tomando por base o entendimento de que há eficácia imediata dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, tem-se o fortalecimento dos objetivos da república indicados no art. 3º da Constituição Federal, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, repita-se. A posição da dignidade da pessoa humana como referência para a interpretação das normas de direito civil trouxe sem dúvida, como consequência, a alteração de dois aspectos considerados fundamentais na visão oitocentista, no primeiro, o deslocamento do foco da coisa para a pessoa, que passou a ser a referência e, no segundo, a perda da ideia de um mundo de segurança para se transformar num mundo de grandes incertezas. No primeiro ponto, o que pode ser considerado mais significativo nesta mudança de perspectiva na interpretação das normas de direito civil é a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana. Este aspecto, como afirma Maria Celina Bodin seria o desafio do primado da pessoa, colocado ao civilista, por ocasião de cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação da norma. (MORAES, 2010, p.48). No segundo ponto, tem-se de pronto a verificação da fragilidade da concepção oitocentista do direito civil e a impossibilidade de uma legislação codificada, como se concebia com relação ao Código Civil, prever todas as situações pelas quais poderia passar a pessoa física e pessoa jurídica.

O Código Civil de 1916, bem como toda a legislação fundada nas ideias da Revolução Francesa, espalhava a sensação de segurança ou, ao menos, a falsa ideia de segurança capaz de manter o *status quo*. Imaginava-se que tudo estava previsto no Código Civil por uma razão de segurança. Destarte, a se admitir que a interpretação das normas de direito civil se faz a partir da Constituição que dialoga com a realidade social, como as hipóteses de casamento de pessoas do mesmo sexo, de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, rompe-se a zona de segurança pautada na ideia de completude do Código Civil, para se garantir, pelo mencionado diálogo, a certeza de que a preservação da dignidade da pessoa humana será o ponto de inflexão na interpretação.

Os efeitos do processo de constitucionalização sobre o direito civil são, sem embargo, dinâmicos, na medida em que a interpretação das normas de direito civil deve pautar-se pelos princípios contidos na Constituição Federal. Em verdade, o Direito Civil Constitucional representa a ressignificação desses conceitos fundamentais, criados ao longo de milênios, para atender a uma sociedade em mudanças e fazer com que o Direito Civil encontre sua vocação histórica, que é de ser um Direito de todo o povo, e não apenas de um segmento do povo. Destarte, como bem pontua

Paulo Lobo, faz-se necessário lembrar que não se pode enxergar esse processo de constitucionalização do Direito Civil apenas a partir de 1988, porque isso é um simplismo. É óbvio que a Constituição Federal de 1988 traduziu muito das aspirações de nosso povo e dos valores sociais essenciais, mas isso não significa que só depois dela é que podemos tratar e falar em constitucionalização do Direito Civil.

Tem-se que no universo acadêmico a escola civil constitucional iniciou a partir de Maria Celina Bodin de Moraes e depois por diversos autores como, á guisa de exemplo, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Acerca dessa constitucionalização do direito civil vejamos o que explica Lôbo (1999, [s.p.]):

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Assim, visualiza-se a propagação dos direitos fundamentais, antes previstos tão-somente nas Cartas Constitucionais, incidindo nas relações privadas. Em outras palavras, o legislador utilizou-se das chamadas cláusulas gerais.

De outra senda, a teoria dos direitos fundamentais no Brasil teve destaque após a Carta Cidadã de 1988 e, principalmente nos anos 2000, considerada a era dos direitos fundamentais e da judicialização; sendo certo ainda que esses direitos, especialmente o da personalidade, têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal), e são cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal) e possuem hierarquia constitucional. Sobre a característica da aplicabilidade imediata, Ingo Sarlet a entende como sendo a mais importante, e assim discorre:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido o art. 5º, 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Que qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. (SARLET, 2010, p. 66)

Não restam dúvidas de que a CF-88 revalorizou o Direito Civil, fazendo-se necessário interpretá-lo com base na nova tábua axiológica estabelecida Constitucionalmente (TEPEDINO, 2001, p. 13). O Direito Civil está adstrito à legalidade Constitucional devendo seguir seus princípios, que se constituem nos valores mais relevantes da ordem jurídica. Assim, sob a ótica civil-constitucional, impõe-se a elevação da pessoa natural ao centro de todo sistema jurídico; as normas são feitas para as pessoas e garantir seus bens da personalidade, ou seja, a Constituição impõe um dever ao Estado de legislar para garantir a

realização existencial das pessoas, assegurando-lhes um mínimo de direitos fundamentais (TEPEDINO, 2001, p. 45-48; DINIZ, 2010, p.53; GONÇALVES, 2010, p.44-46).

Partindo então dessa premissa, O CC-02, com base na ordem Constitucional vigente, preza pela harmonia familiar e a infertilidade tem um peso histórico no papel de fonte de conflito no seio familiar. O sonho alimentado pelos casais e companheiros de constituir prole biológica, uma vez naufragado, tem gerado a derrocada de casamentos e uniões estáveis, por muitas vezes faltar equilíbrio emocional para enfrentar a sensação de fracasso. Esta frustração também estende-se às pessoas solteiras que tem a intenção de constituir uma família monoparental e às famílias homoafetivas sem prole (CRUZ, 2008, p. 45-47).

A perpetuidade da vida consubstanciada no ato de procriar não deve se restringir, apenas, ao caráter biológico, pois se constitui num dos maiores bens da humanidade, sendo que, o desejo profundo de filiação é inato ao ser humano e a não realização deste desejo também gera efeitos sociais. Vale lembrar que desde a antiguidade, as mulheres estéreis eram tratadas como seres malditos e condenadas a viver às margens da sociedade por contrariar o princípio cosmológico-ético, segundo o qual o ser humano deveria ocupar a função que lhe reservava a natureza, a mulher infértil era incapaz de gerar novos seres, sem desprezar o fato de que a esterilidade era atribuída com exclusividade à mulher, posto que somente no ano de 1677 fora admitida a hipótese de esterilidade masculina. (CRUZ, 2008, p. 7).

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Por certo que a mudança de paradigma na formação da entidade matrimonial teve reflexos sociais e familiares, principalmente, em relação à pessoa dos filhos que deixaram de ser tratados de forma indiferente, como meros formadores de mão de obra para o acúmulo de riqueza, passando a ostentar o *status* de fruto do amor, passando a ser valorados como sujeitos de direitos e dignos de atenção e afeto. Corroboram com tal assertiva o fato de que atualmente, de regra, é vedado o trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, dando-se primazia à educação que preparará a criança para a concretização de sua posição individual. Esta nova perspectiva se constituiu na raiz do dever imposto ao Estado e a sociedade pelo art. 227 da CF-88 de dispensar um tratamento prioritário à criança com base no afeto e concretização de seu melhor interesse.

Sem embargo, a proteção Constitucional deferida à família estende-se à tutela da liberdade de seus membros, e nessa nova perspectiva não mais se justificam os casamentos focados nos interesses patrimoniais das famílias de onde provêm os nubentes, posto que estes devem ter a liberdade de amar e escolher qual a espécie de entidade familiar que quer integrar, fazendo-se uma conexão com o princípio da solidariedade familiar, um dos pilares do Direito de Família, descrito no art. 3º, I da CF-88, cuja Carta estabeleceu o primado dos Direitos Humanos como princípio orientador das relações internacionais e vetor de recondução da democracia no país.

Demais disso, não se pode perder de vista que a idéia de ter filhos não se liga puramente ao modelo de felicidade, mas, também, à própria realização pessoal da pessoa. Por conseguinte, a infertilidade apresenta reações psicológicas em cadeia, podendo levar a pessoa à depressão e ao isolamento social, pois lhe é retirada a possibilidade de continuidade da geração, realização da felicidade e concretização de seus desejos, suprimindo-se a normalidade da convivência social da pessoa infértil. (CRUZ, 2008, p.45-46).

Sim, a experiência da infertilidade, como vimos de ver, pode ser vivenciada como dano, isolamento social, alienação, perda de status social, medo, e, até mesmo, de situações de violência. Num discurso sobre falsas premissas de superpopulação, indaga-se, com frequência, se a assistência pública de saúde deveria contemplar esta parcela “não-prioritária” das populações, o que certamente exacerba os danos sociais. O fato é que ao atribuir a esses indivíduos as mazelas de uma superpopulação, sem a divisão da responsabilidade social como nos países em desenvolvimento, ao mesmo tempo, nega-se a eles a autonomia de decidir sobre sua própria reprodução (FATHALLA, p.2095-2100, 2006); na contramão dos avanços científicos e até mesmo da evolução do senso comum, que se traduz num aspecto interessante e revelador dessa busca de compreensão do mundo, já que vai falar por intermédio da “voz do povo”. Para alguns filósofos, o senso comum designa as crenças tradicionais do gênero humano, desaguando naquilo em que a maioria dos homens acredita ou deve acreditar. Podem ser lembrados alguns ditados populares como um exemplo da linguagem do senso comum e sua tentativa de explicação do mundo: “Parir é dor, criar é amor”, “Gravidez na idade da loba”, “O homem agora é mãe”, “Mudam-se os tempos, mudam-se os contratos”, “Atrás de todo homem de sucesso tem sempre uma grande mulher”, “O fruto proibido é o mais apetecido”, “Cem homens podem formar um acampamento, mas é preciso uma mulher para se formar um lar”.

Tem-se que na história das ciências e das técnicas, pode-se constatar que, nesse campo, o que é misterioso, mágico ou considerado sem explicação, porque ainda não provado ou comprovado pela ciência, entra no debate do espírito crítico científico, que se encarrega de eliminá-lo. Nesse passo, o campo do conhecimento - RA é mais pertinente para pensar mudanças e progressos nos quais os avanços da tecnologia e da ciência oferecem recursos inúmeros para o tratamento da infertilidade humana. Diante do novo que sempre surpreende, podem-se citar mitos, escritos religiosos e acontecimentos na história da humanidade que já tentavam dizer sobre o mistério e a busca da revelação do desconhecido, no campo indizível da origem do ser humano, em sua fertilidade e/ou infertilidade.

Na Bíblia, a proteção da família e o lugar do homem é destaque desde o início na ordem da criação, sendo Adão aquele que dá início à humanidade (GÊNESIS, 5). Acompanhando este destaque, Deus reafirma seu plano criador, na medida que escolhe Noé como um pai sobre o qual volta a descer a bênção divina numa família humana e por meio dela estende a toda a criação (RAMOS, 2004). Relata o livro da genealogia de Adão (GÊNESIS, 5:1-2) que, no dia em que Deus criou Adão, o fez semelhante à sua semelhança, criando o macho e de sua costela a fêmea. Assim os abençoou e os chamou com o nome de homens no dia em que foram criados. Abraão, por sua vez, é o pai da família dos crentes e o mediador das bênçãos de Deus para com seu povo. Deus chama Abraão e deposita nele a bênção de unir numa única família sua descendência, revelando o sinal da graça divina.

Trazemos à lume esses relatos religiosos, que transmitem a vida por meio dos patriarcas, para demonstrar que os mesmos trazem costumes que implicam necessariamente na questão da fertilidade/infertilidade. Atesta-se a relevância dada à infertilidade desde esses tempos bíblicos. Abraão vive como um dos chefes de clã no seu período. Em face da esterilidade de Sara, esta o aconselha a se unir a Agar em benefício do clã, cuja procriação é um dos bens máximos e fundamentais que devem ser garantidos⁷. Jacó, por sua vez, cujo nome devia qualificar toda a casa do povo de Deus, também teve duas mulheres que, sendo que estas deram-lhe suas escravas como concubinas em prol da perpetuação das gerações. As tradições se referem aos fatos que mostram a prioridade da procriação. Percebendo que não conseguia dar filhos a Jacó, Raquel ficou com ciúmes da irmã e falou a Jacó: “Dá-me filhos, senão eu morro!” Jacó irritou-se com Raquel e lhe disse: “Por acaso estou no lugar de Deus que te fez estéril?”. Ela então respondeu: “Aí tens minha escrava Bala. Une-te a ela para dar à luz sobre meus joelhos. Assim terei filhos eu também por meio dela”. Deu-lhe, pois, a

⁷ Então Sara disse a Abraão: “Javé me impediu de dar à luz. Une-te, te peço, à minha escrava. Talvez dela eu possa ter filhos” (GÊNESIS, 16:2)

escrava Bala por mulher, e Jacó se uniu a ela. Bala concebeu, e deu a Jacó um filho (GÊNESIS, 30:1-5).

Por muito tempo a importância e o valor da mulher no quadro da família ficaram marcados principalmente na sua maternidade; naquela que, com todos os seus sofrimentos, assegurava a continuidade da família e do clã, tornando-se, assim, a merecedora das Bênçãos divinas. Nos cultos, Israel celebra a euforia e a felicidade do homem justo que tem uma mulher fecunda e numerosos filhos. Na *sociedade patriarcal*, que se caracteriza pelo *primado da virilidade*, a mulher fecunda adquire uma importância que a torna especial para o marido. Inobstante os casos em que a mulher pode ser amada independentemente da sua capacidade de procriar, o certo é que a ênfase é dada à importância da fertilidade na família e da localização da infertilidade na mulher. O mistério da continuidade e a vitalidade da estirpe celebra-se num diálogo de gerações a gerações, cujos filhos fazem reviver o pai e o pai dá sentido aos filhos.

O tempo marcado pelo aparecimento de Jesus é permeado de situações que revelam a excepcionalidade dos nascimentos, posto que Deus torna fecunda a esterilidade. Lembramos, por exemplo, o nascimento “impossível” de um filho de Zacarias e Isabel, um casal estéril e idoso. “Ambos eram justos diante de Deus e observavam, de maneira irrepreensível, todos os preceitos e mandamentos do Senhor. Porém não tinham filhos, pois Isabel era estéril e ambos idosos” (LUCAS, 1:6-7). Destarte, o Anjo lhe disse: “Zacarias, não temas, pois foi ouvida a tua oração e tua mulher, Isabel, dará à luz um filho ao qual chamarás com o nome de João” (LUCAS, 1:13). O próprio nascimento de Jesus Cristo também revela esta excepcionalidade. Maria, a Virgem, estava prometida em casamento a José e antes de passarem a conviver, ela encontrou-se grávida pela ação do Espírito Santo, e nos noticia o Evangelista Matheus:

‘José, seu esposo, sendo justo’ e não querendo denunciá-la publicamente, pensou em despedi-la em segredo. Mas depois que lhe veio esse pensamento, apareceu-lhe em sonho um anjo do Senhor, que lhe disse: ‘José, Filho de Davi, não tenhas receio de receber Maria, tua esposa; o que nela foi gerado vem do Espírito Santo. Ela dará à luz um filho, e tu lhe porás o nome de Jesus, pois ele vai salvar o teu povo dos seus pecados’. Tudo isso aconteceu para se cumprir o que o Senhor tinha dito pelo profeta: ‘Eis que a virgem ficará grávida e dará à luz um filho. Ele será chamado pelo nome de Emanuel, que significa: Deus-conosco’. (MATHEUS 1:18-24).

Assim, a possibilidade de superação da infertilidade através do avanço da ciência tem um reflexo positivo nas relações familiares, máxime que se abrem novas frentes de concretização do desejo de projeto parental, que nem sempre é preenchido pela adoção.

Nesse sentido, não há como negar a função social da reprodução humana assistida porque o sucesso das relações familiares está pautado na capacidade do ser humano de dar e receber amor, alguém que envereda pelas dificuldades da RA tem verdadeiro potencial de dar amor, assim tem o potencial de concretizar a busca pela felicidade, destacando-se, ainda, que nada obstante a importante função social das técnicas de reprodução humana assistida não se pode olvidar que sua exploração não pode se desgarrar dos preceitos morais e éticos, visto que a manipulação de gametas masculinos e femininos fora do corpo humano tem o condão de formar a vida humana.

Hodiernamente a RA ainda não é muito familiar à maioria da população, muitas vezes causando até preconceito, haja vista que existem grupos que são contra tais técnicas por acreditarem que somente os filhos gerados de maneira convencional seria o correto, segundo suas convicções religiosas. Abstraindo os julgamentos religiosos contra a RHA, o certo é que a Constituição Federal prevê que “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 deste direito” (art. 226, §7º).

Regulamentando este dispositivo constitucional, a Lei de Planejamento Familiar (Lei 9263/96) considera o mesmo parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde (art. 3º.). Para tanto, garante um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (art. 2º). Vê-se, assim, que a Lei de Planejamento Familiar visa à saúde reprodutiva de todo indivíduo e garante que para o exercício deste direito “serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas, e, que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (art. 9º), máxime que os tratamentos para infertilidade masculina é uma constante, posto que em todo o mundo, cerca de 40% do total de casais inférteis o índice maior são problemas relacionados ao homem. Entre as causas mais comuns da infertilidade masculina estão as doenças genéticas herdadas e a varicocele adquirida. Há também outros fatores que podem interferir na produção do esperma como estresse, obesidade, diabetes e qualidade de vida.

É certo que cada vez mais, questões complexas e paradoxais são levantadas e relacionadas aos tratamentos de RA. Uma reportagem foi publicada na mídia em 2009 noticiando que uma mulher que, já tendo seis filhos, engravidou de mais oito por FIV e justificou esta decisão pelo fato de ser filha única e ter tido vontade de ter irmãos. Estando

desempregada e sem parceiro, abriu um programa na internet visando arrecadar fundos para criar os bebês, posto ter, agora, catorze filhos⁸.

Estas e tantas outras situações delicadas testemunham a demanda de respostas dos comitês de ética para legislar sobre questões que “escapam” do objetivável no discurso e nos avanços da ciência. E é claro que na RA observam-se os efeitos do discurso da ciência, que entendemos aqui como o laço social por ela instaurado, no qual ela pretende que o outro seja igual a todos, e que seu agente detenha o saber sobre o bem do outro. E nesse cenário, os profissionais que são detentores do conhecimento e das técnicas de tratamentos precisam considerar também o caso singular “daquele sujeito e sua história”.

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A priori, mister se faz compreender a pessoa e a personalidade jurídica sob a ótica civil-constitucional, máxime que a palavra pessoa pode ser tomada em várias acepções: filosófica, biológica, antropológica e jurídica. Veio de Roma o conceito de pessoa humana como entidade completa; o estoicismo acresceu o sentido moral do ser consciente, livre e autônomo. Por sua vez, o cristianismo teve relevância ímpar na construção da nova acepção de pessoa através da criação da ideia de pessoa como substância racional, indivisível e individual, delegando-lhe sua base metafísica. Sim, o cristianismo, conforme preleciona Diogo Leite de Campos (1991, p. 133-134) teve o papel fundamental de separar o “homem fabricante” do “homem pensante”. Foi garantida ao homem a passagem de “pessoa-membro-da-sociedade”, onde havia prevalência do seu caráter social, para a noção pessoa de “pessoa-humana” onde qualquer ser humano passou a ser considerado pessoa, uma vez que o ideal do cristianismo era e é o amor fraterno e a igualdade perante Deus. Destarte, foi apenas no final do século XVIII que a noção de pessoa tornou-se a categoria do “eu”. De outro giro, o avanço da biotecnologia desencadeou um novo processo: o de biologização da pessoa através da incorporação da verdade científica ao saber sobre parentesco (LUNA, 2007).

A pessoa é conceituada classicamente, na seara jurídica, como ente capaz de titularizar direitos e deveres na órbita do direito, vale dizer: é o sujeito de direitos um dos elementos da relação jurídica. Divide-se, por sua vez, em pessoa natural e pessoa jurídica; a primeira é o ser humano, ente dotado de estrutura biopsicológica; a segunda, também, conhecida como pessoa moral, é formada pela soma do esforço de pessoas naturais ou por

⁸ Disponível em: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/mundo/conteudo.phtml?tl=1&id=852663&tit=Mae-de-ocuplos-ja-tinha-seis-filhos>. Acesso em: 30/10/2017

uma dotação patrimonial específica com a finalidade de atingir fins estabelecidos pela vontade criadora, obedecendo, por óbvio, aos requisitos legais (PEREIRA, 2005, p. 213-215). O ser humano, no projeto de modernidade, apresenta-se dentro de uma nova dimensão, considerado individualmente dentro do contexto jurídico e filosófico, passando a ser o protagonista principal da modernidade. Conforme pontua Rebouças (2012, p. 13): “(...) esta dimensão subjetiva – pessoa autônoma e indivíduo- é um dos pilares do que virá ser o projeto de modernidade”.

Com efeito, o fenômeno de universalização dos direitos humanos mediante a positivação nas constituições dos Estados, erigindo-os a categoria de direitos fundamentais oponíveis contra qualquer pessoa, inclusive em face do próprio Estado, cria uma nova visão da subjetividade, afastando-a do seu cunho exclusivamente patrimonial. Em verdade, os direitos subjetivos, na modernidade, constituem-se no substrato dos direitos fundamentais, sua versão positivada (REBOUÇAS, 2012, p.26-29). Atenta-se que dentro do rol dos direitos fundamentais está inserida a vida, garantida a todo ser humano indistintamente; e ter assegurado o direito à identificação civil do doador nas técnicas de reprodução medicamente assistida, em situações pontuais, como será abordado no capítulo subsequente, nada mais é do que garantir e proteger esse retrocitado direito fundamental.

No Brasil, os direitos da personalidade têm sua base normativa no Código Civil de 2002, conforme disposições contidas nos artigos 11 a 22, ressaltando, destarte, que eles aí não se esgotam. Cabe salientar que há um paralelismo com Direitos Fundamentais, haja vista que direitos como a honra, vida privada, imagem, também são positivados na CF-88 como Direitos Fundamentais. Sem embargo, os direitos da personalidade são compreendidos sob a ótica dos direitos fundamentais. Destarte, não se pode perder de vista que já está bem definido doutrinariamente que existem direitos da personalidade que não são direitos fundamentais e direitos fundamentais que não são direitos da personalidade. Destaca-se, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro trata os direitos da personalidade como *numerus apertus* diante da possibilidade de reconhecimento de outros, além dos que se encontram tipificados (SZANIAWSKI, 2005, P. 144-145).

Em que pese no Brasil não existir uma cláusula expressa de proteção geral de tutela dos direitos da personalidade de âmbito Constitucional, não se pode negar que a tutela geral decorre implicitamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III da Magna Carta de 1988 (SZANIAWSKI, 2005, p.137; TEPEDINO, 2001, p.48), mormente que as ilações acerca do perigo da coisificação da pessoa humana por meio das práticas neoeugênicas conduzem a análise desse importante princípio dos direitos humanos, ao qual a

ordem jurídica interna brasileira atribuiu caráter normativo, cuja tutela deverá ser estendida ao filho que foi gerado por reprodução humana heteróloga medicamente assistida.

Nos séculos XVII e XVIII a dignidade da pessoa humana sofreu variações em sua concepção em decorrência do processo de racionalização e laicização. Neste período, destaca-se o filósofo Immanuel Kant, cujo pensamento expressava a dignidade como fundamento da autonomia ética do ser humano (PEREIRA, 2012, p.65-66). O fato é que do ponto de vista filosófico havia uma grande dificuldade em se chegar à noção de dignidade de pessoa humana que somente poderia encontrar fundamento na metafísica que traduz o conceito de essência humana. Já na visão judaico-cristã não havia qualquer dificuldade porque a natureza e dignidade da pessoa humana se encontravam respaldada na visão do sagrado diante de sua semelhança com o Todo Criador. Kant, movido pelos ideários racionais da época, concebeu a dignidade da pessoa humana atrelado à visão que o ser humano, como ser racional que é, deverá existir em si mesmo, jamais podendo ser considerado como um meio e utilizado de forma arbitrária. Tanto nas relações que afetam a ele mesmo, como naquelas que tangem a outros seres racionais. Defende o citado autor que “o fundamento deste princípio é: a natureza racional existe como fim em si mesmo. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas” (KANT, 2006, p.58-59). Sim, não se pode negar a dimensão intersubjetiva da dignidade. Conforme defendia Kant, a liberdade é fator essencial à dignidade. Inobstante a isso, impende registrar que todos os seres humanos têm um dever de respeito para com os outros, não podendo, sob o manto dessa liberdade, adentrar a esfera individual alheia sob pena de lesão à dignidade que é inerente a toda e qualquer pessoa.

Ressalta-se, também, que após a segunda grande guerra mundial, a noção de dignidade foi inserida no discurso político das nações que venceram o conflito, passando por um processo de internacionalização quando foi incorporada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e Direitos. São todos dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros em espírito de fraternidade”. Luiz Edson Fachin (2005, p. 57) assevera que se deve afirmar que a dignidade da pessoa humana se constitui num valor fundamental que foi edificado ao longo da história da humanidade; concepção esta, destarte, que se opõe à escola jus naturalista que compreende a dignidade como um valor superior que se funda num modelo ideal ou abstrato, à qual é atribuída validade, independentemente de considerações espaciais ou até mesmo temporais.

Nosso trabalho parte da premissa que a dignidade humana é um conceito que não deverá ser fixado, para não correr o risco de engessamento. Trata-se, em verdade, de conceito que necessita ser constantemente construído e desenvolvido, partindo-se da concepção que não é um dado, e sim é inerente a todo e qualquer ser humano (SARLET, 2008, p. 42-43), máxime que a dignidade possui conceito multifacetado que se insere na religião, na filosofia, na política e, por certo, no Direito. De fato, a dignidade da pessoa humana foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro como norma fundamental, constituindo-se em um macroprincípio constitucional formando um dos pilares da Ordem Constitucional, consoante disposição contida em seu art. 1º que dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

Restou mais que evidenciado que a Dignidade da Pessoa Humana, valor agregado à condição de pessoa humana, recebeu o *status* de princípio/valor fundamental na Magna Carta de 1988, consolidando o processo de internacionalização dos Direitos Humanos Fundamentais estabelecidos na Declaração de 1948, o que nos permite asseverar que não se pode interpretar que a dignidade é um direito concedido constitucionalmente, haja vista ser inerente a todo ser humano, tendo havido tão somente uma positivação que o elevou à condição de norma. Pautado neste *status* constitucional aduz Ingo Sarlet (2008, p. 73) que quando se fala em direito à dignidade, a bem da verdade está se considerando o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo-se, também, compreendê-lo como um direito à existência digna. Por tal razão, considera-se que em *stricto sensu* – de um direito à dignidade como concessão - pode-se sustentar que a dignidade da pessoa humana não é nem poderá ser um direito fundamental, posto que a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental assenta-se na premissa de que a Constituição Federal não expressa apenas uma declaração de conteúdo moral e ético, e, sim, uma norma jurídica positivada dotada de plenitude de *status* constitucional formal e material, com eficácia e alçada a condição de valor fundamental da comunidade.

Com efeito, a liberdade de planejamento familiar se constitui num direito fundamental às pessoas inférteis; e este direito é garantido através do acesso às técnicas de reprodução assistida, mesmo não sendo tal direito absoluto, posto que decorre da autonomia privada e encontra limite na dignidade da pessoa humana, pro ser um valor supremo, e

não apenas um direito concedido pelas constituições democráticas, mas um valor inerente à condição humana, como alhures dito.

Assim, como vimos de ver, toda pessoa humana tem direito fundamental à vida e esta, sem sombra de dúvidas, deve ser vivida dignamente com plena satisfação de suas necessidades humanas, inclusive no que concerne à possível necessidade da pessoa gerada por meio de reprodução humana heteróloga de conhecer a própria ascendência genética. Para Lôbo (2010, p. 70), o fundamento para se buscar o conhecimento da origem genética, com o intuito exclusivo de tutela do direito da personalidade é, com toda certeza, a dignidade da pessoa humana, e esta só será plena quando se conhece sua origem, o que nos possibilita aduzir que o princípio da dignidade da pessoa humana abrange a máxima proteção ao ser humano, e que este princípio demonstra que a vida humana deve ser respeitada e protegida sob a perspectiva de que por meio do respeito a vida se alcance também a dignidade humana.

4 A PROBLEMÁTICA ETICO-JURÍDICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA NO QUE TOCA AO SIGILO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO E AO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

4.1 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

De saída, faz-se necessário esclarecer que ao contrário do que possa parecer, intimidade e privacidade do ponto de vista jurídico não são palavras sinônimas, posto que a intimidade é um termo de sentido mais restrito em relação à privacidade.

Sobre o tema ensina Alexandre de Moraes (2008, p. 53) que

Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Nesse contexto, compreende-se como direito à intimidade a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, vale dizer, as aspirações, pensamentos, ideias e sentimentos. É o que pertence exclusivamente e essencialmente ao indivíduo para o desenvolvimento pleno de tais faculdades (ANDRADE, p. 4). Por seu turno, a privacidade seria em uma primeira aproximação, tudo o que não pertença ao âmbito da intimidade, mas que, por sua vez, não transparece à esfera pública, portanto, aquela seara da vida que pressupõe interação com pessoas que estão ligadas ao indivíduo de forma mais profunda, seja por razões familiares; ou de contato diário, como os colegas de trabalho; ou por afinidade, como no caso dos amigos íntimos (PEREIRA, 2003, p. 140).

Ainda segundo Alexandre de Moraes (2008, p. 53), o direito à intimidade e à vida privada apresentam-se, como o direito de que gozam os indivíduos de defenderem e preservar uma esfera íntima em suas vidas, tanto a esfera mais exclusiva (intimidade), como o âmbito de fatos e acontecimentos compartilhados com pessoas íntimas (vida privada), dando possibilidade às pessoas de um modo geral para que desenvolvam com liberdade e plenitude sua personalidade livre da interferência de terceiros.

O direito ao anonimato do doador do material genético revela-se como a pedra fundamental dos tratamentos de reprodução humana assistida, alicerçado na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/17 que estabelece, dentre outros princípios, que os

doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo-se, portanto, obrigatoriamente, o sigilo sobre os envolvidos. A Resolução, dessarte, permite que, em situações especiais, por motivação médica, informações sobre o doador sejam repassadas a médicos, preservando a sua identidade.

Demais disso, a vedação da identificação do proprietário do material genético está positivada na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe “[...] **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2016 b, grifo nosso). Observar-se ainda, que o artigo 21 do código civil de 2002, dispõe que “**A vida privada da pessoa natural é inviolável**, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Não bastassem os dispositivos acima citados, diversos são os argumentos favoráveis ao anonimato do doador, notadamente no que se refere à possibilidade de vínculo jurídico paterno-filial. Eduardo de Oliveira Leite justifica o anonimato do doador ao argumento de que a doação de gametas não pode gerar ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda, e ainda ressalta que se a identidade do doador for revelada, este pode pedir uma reparação civil aos responsáveis pelos danos a ele acarretados. O autor, ainda, defende o direito ao anonimato do doador afirmando que “o anonimato respeita o princípio dominante no direito de família, ou seja, não dissocia as estruturas naturais de parentesco, isto é, não permite que a criança tenha um pai biológico e um pai socioafetivo”. (LEITE, 2004, p.145)

Assim, resta claro para o mencionado autor que na reprodução assistida heteróloga não há conflito em determinar qual dos pais irá assumir as responsabilidades decorrentes da paternidade, unicamente por uma simples razão: não há dois pais. Há apenas um pai e, de outro lado, um doador. Frise-se, ainda, que nada obstante não seja possível determinar o que motiva um homem a doar, máxime que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, o certo é que aquele que doa, muito provavelmente, não o faz com vistas em assumir a paternidade de um filho, de cuja mãe sequer conhece.

A seu turno, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, considera que o anonimato das pessoas envolvidas no processo de reprodução assistida deve ser mantido, mas quanto à pessoa que nasceu por meio da técnica heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, a ela deve ser

possibilitado o acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Sim, há autores que defendem o anonimato, de acordo com os princípios da intimidade e da privacidade; e para justificarem suas defesas apresentam argumentos, tais como as conseqüências de ordem jurídica como ações judiciais de pedido de pensão ou heranças, e que defender o direito de saber quem é o pai biológico seria um endeusamento da biologia, na valorização do laço biológico, que tem cada vez menos importância. Valiosa também a opinião de Nilson Donadio: “Ao pensar no benefício que representa aos casais que querem ter filhos, acredito que o sigilo deve ser mantido, ou ninguém mais vai querer doar...”. Por sua vez, Gustavo Tepedino, aduz que “o anonimato é a única forma de se garantir que a doação de espermatozoides seja um ato verdadeiramente desinteressado”.

Destarte, outros autores, como Selma Rodrigues Petterle, alega que “o direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade humana, não podendo, pois, ser obstaculizado”. Os posicionamentos desfavoráveis ao anonimato pairam no sentido de que não há a pretensão de constituir vínculo de filiação entre a criança e o doador, uma vez que é reconhecida a importância da paternidade socioafetiva; nem, tampouco, adquirir vantagens de ordem pecuniária. É somente um direito de buscar a identidade genética; e que inobstante a já citada Resolução do CFM prevê que não se pode utilizar o sêmen do mesmo doador mais de duas vezes numa determinada área não há como negar que, com a manutenção do sigilo, evidencia-se a possibilidade de ocasionar, no futuro, uniões incestuosas, tendo em vista que a pessoa gerada por reprodução assistida poderá, desconhecendo os laços sanguíneos, unir-se sexualmente a seu pai ou irmãos, o que poderá gerar filhos com mazelas biológicas.

Assim, afigura-se-nos necessária uma distinção entre estado de filiação e direito a origem genética, o que faremos no próximo tópico.

4.2 DISTINGUINDO O ESTADO DE FILIAÇÃO DA ORIGEM GENÉTICA

Registra-se que na tradição do Direito de Família em nosso País, o conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva sempre se resolveu, em benefício da primeira, consoante jurisprudências nesse sentido. Destarte, hodiernamente a segunda passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada,

máxime que em outras áreas do conhecimento que têm a família como centro de investigação, a exemplo da Sociologia e da Psicanálise, a relação entre pais e filhos fundada na afetividade sempre foi determinante para sua identificação.

A verdade biológica, no direito, por muito tempo, converteu-se na “verdade real” da filiação em virtude de fatores históricos, ideológicos e religiosos, que estiveram no ápice da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Sim, legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo casamento formal; sendo que os demais seriam ilegítimos, cuja dicotomia somente desapareceu com a promulgação da Constituição de 1988, alicerçada no princípio da paridade de filiação, abolindo a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e vedou todo e qualquer tratamento discriminatório entre filhos, independentemente de sua origem, relativizando, por conseguinte, o papel fundador da origem biológica.

De outra senda, ao o mesmo tempo em que o Direito de Família sofreu tão intensas alterações e/ou modificações em seu núcleo estrutural, consolidou-se a refinada elaboração dos direitos da personalidade, nas últimas décadas, voltados à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, o que fez com que a origem genética da pessoa viesse perder seu papel legitimador da filiação, máxime que o estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para, por sua vez, assumir dimensão mais ampla que açambarque aquela e qualquer outra origem. Ou seja, o estado de filiação é erigido à categoria de gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica; motivo pelo rechaçamos qualquer entendimento que venha confundir estado de filiação com origem biológica, máxime que o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, embora derive, na maioria dos casos, biologicamente dos pais.

Seguindo a Maestria de Paulo Lobo, filiação é conceito relacional, posto que se traduz na relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, na qual uma é considerada filha da outra (pai ou mãe); sendo que o estado de filiação, por sua vez, é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Assim, o filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. Com efeito, o estado de filiação constitui-se *ope legis* ou em função da posse de estado, por força da convivência familiar (*a fortiori*, social), consolidada na afetividade.

No nosso direito brasileiro atual, pautado no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, têm-se por estados de filiação *ope legis*: a) filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou de união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental; b) filiação não-biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e c) filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.

No tocante ao estado de filiação decorrente de inseminação artificial heteróloga prevista no art. 1.597, V, do Código Civil, há que se dizer que a tutela legal desse tipo de concepção fortalece a natureza fundamentalmente socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade, posto que se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga, não poderá posteriormente negar a paternidade em razão da origem genética, nem poderá ser admitida, por conseguinte, investigação de paternidade, com idêntico fundamento, mormente em se tratando de doadores anônimos.

Cabe também ressaltar que constitui-se a posse do estado de filiação quando alguém assume o papel de filho(a) em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou até mesmo os lugares de pai ou mãe ou de pais⁹, tendo ou não entre si vínculos biológicos. Em verdade, a posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o Direito considera satisfatória. No cenário brasileiro, em síntese, configuram posse do estado de filiação a adoção de fato, em que muitas vezes se converte a guarda, os filhos de criação e a chamada “adoção à brasileira”.

Retomando ao estado de filiação geral, encontram-se na Constituição Brasileira vários fundamentos dele, que não se resume à filiação biológica, senão vejamos: a) Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) A adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) O direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da

⁹ Sobre o conceito de lugar, como importante contribuição da psicanálise, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, Psicanálise e inclusão social. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 16, p. 8, jan./mar. 2003: A partir de LACAN e LÉVI-STRAUSS, podemos dizer que família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. Lugar de pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai e mãe, sem que seja o pai ou a mãe biológicos.

criança e do adolescente (art. 227, *caput*); e) Impõe-se a todos os membros da família o dever de solidariedade uns com os outros, dos pais para os filhos, dos filhos para os pais, e todos com relação aos idosos (arts. 229 e 230).

Como vimos de ver, a Constituição não oferece qualquer fundamento para a primazia da filiação biológica. Em verdade, até mesmo no Direito anterior, a filiação biológica era nitidamente repartida entre filhos legítimos e ilegítimos, o que nos permitir asseverar que a origem genética nunca foi, absolutamente, a essência das relações familiares; sendo certo, ainda, que o Código Civil atual reproduziu, em seu art. 1.596, a regra matriz do § 6º do art. 227 da Constituição, no tocante à igualdade entre filhos de qualquer natureza, superando, assim, o paradigma discriminatório da legitimidade, pautado na consangüinidade e na matrimonialidade¹⁰.

Se é certo afirmar que o estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de genitor e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade, também é certo afirmar que tal fenômeno nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética, máxime tratar-se de duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito da personalidade, onde as normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. Com efeito, o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é a garantia do direito da personalidade, que na deságua na espécie direito à vida, posto que os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada ser humano saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos, para prevenção da própria vida. E isso não descortina na necessidade de atribuição da paternidade para o exercício do direito da personalidade de conhecer, à guisa de exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou concebido por inseminação artificial heteróloga. Situações como essas demonstram o equívoco em que são proferidas decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem genética.

Por certo que a evolução do Direito conduz à distinção que já se impõe entre pai e genitor ou procriador. De há muito temos ouvido a máxima de que Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Ao ser humano concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o

¹⁰ Outra norma geral superadora e inclusiva é a do art. 1.593, que se refere ao parentesco natural ou de “outra origem”. Uma das regras especiais mais incisivas rumo à superação da consangüinidade é a constante no inc. V do art. 1.597, destinada à inseminação heteróloga.

conhecimento de sua origem genética e até mesmo da própria ascendência, como direito geral da personalidade, consoante decidiu o Tribunal Constitucional alemão em 1997, mas sem vinculação de parentesco ou efeitos de Direito de Família *tout court*. Nesse mesmo sentido, dispõe a Lei Francesa n. 2002-93, de 22 de janeiro de 2002, sobre o acesso às origens das pessoas adotadas e dos “pupilos do Estado” (filhos de pais desconhecidos ou que perderam o poder familiar, enquanto aguardam inserção em família substituta). A mencionada lei tem por objeto a necessidade de informações sobre sanidade, identidade e condições genéticas básicas, no interesse dos menores, para que possam utilizá-las, principalmente quando adquirirem a maioridade, ou de seus descendentes, para fins de saúde pública e dos próprios, sem finalidade alguma de parentesco legal. O Direito espanhol, por sua vez, ao admitir excepcionalmente a revelação da identidade do doador do material fecundante, exclui expressamente qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido e o genitor biológico.

Não há como deixar de reconhecer que toda pessoa tem o direito fundamental, na modalidade direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, por conseguinte, da vida, sendo esse direito individual e personalíssimo, máxime que uma coisa é vindicar a origem genética, outra, a investigação da paternidade. Conforme alhures dito, a paternidade decorre do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). Assim, o filho gerado por inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), poderá vindicar os dados genéticos do doador anônimo de sêmen que constam dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins meramente de direito da personalidade, mas não poderá, por óbvio, fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade, o que nos permite aduzir ser inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal intento. Demais disso, e corroborando com o quanto já dito até aqui, nenhuma legislação até agora editada e nenhuma conclusão da bioética apontam para a atribuição da paternidade aos que realizam dação anônima de sêmen para os chamados “bancos de sêmen” de instituições hospitalares ou especializada. Em síntese, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação.

4.3 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Sem embargo, a pessoa gerada por fertilização artificial heteróloga, tem o direito fundamental ao patrimônio genético como toda e qualquer pessoa. Segundo Lôbo, conforme bem explicitado no item anterior, o direito ao conhecimento da origem genética não implica em presunção de filiação e, portanto, não traria nenhum prejuízo ao genitor doador.

O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o 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. (LÔBO, 2008, p. 203)

Assim, o direito ao conhecimento da origem genética tem natureza de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano, posto que toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de postular sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa, querendo, adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a fortiori, da vida. De mais a mais, mesmo que o direito à identidade genética não se encontre expressamente consagrado no texto constitucional, é sim um direito fundamental; e isso se justifica na medida em que o rol de direitos fundamentais na Constituição Federal não se revela taxativo; e que inobstante a Constituição Federal não ter uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade, o certo é que reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

É certo que quanto à legislação Brasileira, ainda não existe lei regulamentando o direito da pessoa gerada por inseminação heteróloga de buscar a identidade genética, máxime que tal técnica é recente e ainda, em nosso País, é muito pouco utilizada em virtude de seu alto custo. Entretanto, é necessário que o direito ao conhecimento da origem genética da pessoa gerada por fertilização heteróloga seja protegido por lei, com fundamento no direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

De outra via, cabe mencionar que no que tange ao direito da personalidade de conhecer a ancestralidade biológica, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em 2010, garantiu de forma inaudita a necessidade de conhecer a ancestralidade genética, como parte integrante da dignidade da pessoa humana. Inobstante não se tratar de ação de declaração da origem genética referente ao indivíduo gerado por fertilização heteróloga, o

Recurso Especial, abaixo transcrito, foi provido, sob a fundamentação de que o conhecimento da origem genética deve ser garantido, por se tratar de direito da personalidade e possuir tutela integral e especial, nos moldes dos artigos 5º e 226 da Constituição Federal (BRASIL, 2013 b).

O Recurso Especial nº 807849 foi provido com a seguinte justificativa:

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Buscada 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.**- [...]Recurso especial provido. (807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 06/08/2010 (grifo nosso)

Outra decisão, não menos importante, que por analogia pode ser utilizada para dar sustentáculo ao direito da pessoa gerada por inseminação heteróloga, em ter acesso a sua identidade genética, foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão que autorizou a realização de exame de DNA, apenas para buscar a origem genética, verbis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO PERSONALÍSSIMO DE BUSCAR A ORIGEM GENÉTICA. É certo que o reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, mas essa característica, por óbvio, atinge apenas quem efetuou o reconhecimento (o pai registral), jamais a filha que não participou daquele ato. Não se pode agora pretender levantar contra ela esse argumento para impedir a busca de um direito de personalidade que lhe é inalienável, qual seja a busca da verdade acerca de sua origem genética. NEGARAM PROVIMENTO. (70044262517 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 01/12/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2011)

Dessa forma, percebe-se que a adoção, assim como, a fertilização heteróloga, fazem parte da filiação não biológica, posto que este tipo de filiação segue o critério da socioafetividade. Portanto, nestas modalidades de filiação, pode ser garantido o direito de conhecer a origem genética que não deságua na pretensão da desconstituição da filiação

socioafetiva, mas apenas na busca de conhecer a ascendência biológica, sob a primazia do direito da personalidade de todo e qualquer ser humano, mormente que, em alguns casos, o ser humano é tentado a conhecer sua ascendência biológica, seja por questões de saúde, para fazer cessar ou minimizar doenças hereditárias, ou mesmo, por mera curiosidade humana.

Com efeito, podemos equiparar o nascido por reprodução assistida heteróloga ao filho adotivo, assegurando-lhe os direitos garantidos pela Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), principalmente nos arts. 41 e 48:

Art.41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 48. **O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.** (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009).

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009). (Grifou-se).

Assim, aplica-se por analogia ao filho proveniente de reprodução assistida o direito do adotado em saber sobre sua origem genética previsto no art. 48 do ECA, aparentemente contrapondo o direito ao anonimato que a Resolução 2.168/2017 do CFM garante ao doador de gametas,

Por certo que conhecer a origem genética não significa estremecer a relação paterno-filial constituída pelo vínculo civil derivado da reprodução assistida, mas tão somente dar concretude ao direito à identidade genética. Não se pode negar, todavia, que, como acentua Paulo Luiz Netto Lôbo, os Tribunais vêm confundindo o que seja estado de filiação com origem genética. A distinção, contudo, é necessária para que, no confronto de interesses protegidos pelo Direito, seja possível escolher aquele que deve preponderar.

Por outro prisma, seria possível cogitar a hipótese de obter os dados e informações sobre a prole oriunda da RHA heteróloga através do *habeas data*?. Este remédio está previsto na Constituição de 1988 no seu Art. 5º, inciso LXXII, e resguarda o direito à informação. É o mecanismo pelo qual possibilita todo cidadão ter acesso às informações existentes sobre si em banco de dados de instituições governamentais ou de caráter público, caso o pedido

administrativo seja negado por tais órgãos, conforme entendimento adotado na Súmula n. 02 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Conforme já citado, é vedado ao profissional da medicina compartilhar informações referentes ao doador, devendo respeitar o anonimato. Destarte, nada impede que os bancos de doações de gametas mantenham banco de dados com informações sobre o doador, máxime que há a possibilidade de usar essas informações em casos específicos já pontuados. Partindo dessa vertente, o *habeas data* seria o remédio ideal para obter acesso à informação caso a clínica de doações de gametas recusasse a cedê-la?

Consoante disposição contida na Lei n° 9.507, de 12 de novembro de 1.997, Lei do *Habeas Data*, em seu artigo 1º, parágrafo único, “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. Assim, para ser cabível o *habeas data*, mister se faz que as instituições sejam governamentais (públicas) ou privadas de caráter público, não sendo cabível tal ação constitucional contra banco de dados privados, cujas informações não são transmitidas a terceiros. Consoante consta da resolução da ANVISA, da DUGHDH e da Resolução do CFM, esses dados não são transmitidos a terceiros e têm seu uso privativo pela clínica que o possui. Inobstante a clínica responsável pela coleta de sêmen poder fornecer informações sobre a origem biológica em caso excepcionais, o certo é que não descaracteriza o caráter sigiloso e intransferível das informações ali contidas

De acordo com a Resolução vigente (2168/17) as clínicas e/ou centros onde é feita a doação, devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, o que nos permite asseverar, em linhas gerais, que não cabe o remédio jurídico constitucional do *habeas data* contra as clínicas com banco de sêmens na intenção de revelar quem é o pai biológico (doador) de determinada pessoa, por não ser o banco de informações de caráter público, motivo pelo qual, ante a omissão legislativa, e diante do direito fundamental da pessoa gerada pela técnica da reprodução humana heteróloga ver revelada a sua origem genética, em casos excepcionais, não restará outro remédio senão recorrer ao Estado-Juiz por remédio diverso do *habeas data*.

4.4 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA REVELAÇÃO DA IDENTIDADE GENÉTICA VERSUS SIGILO DA IDENTIDADE CIVIL DOS DOADORES DE GAMETAS

Iniciaremos fazendo a seguinte indagação: a colisão entre os direitos da revelação da identidade genética em confronto com o sigilo da identidade civil dos respectivos doadores seria caso de colisão entre normas jurídicas? Cremos que para se compreender a possibilidade de conflitos de normas fundamentais, revela-se imperiosa a análise do papel das regras e dos princípios no ordenamento jurídico.

Tomando por premissa a teoria positivista do direito, tem-se que o ordenamento jurídico é formado por normas jurídicas, numa estrutura hierarquizada, de sorte que uma serve de fundamento de validade para as demais. Nada obstante existirem vários conceitos e teorias sobre as normas jurídicas, o certo é que o reconhecimento dos princípios como espécie de normas jurídicas não é tema sobre o qual exista uma pacificação; bastando lembrar que na fase jusnaturalista, os princípios eram situados numa esfera de normatividade praticamente nula, apesar do reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa inspiradora dos postulados de justiça (BONAVIDES, 1996.p. 232.). Já na fase positivista, cabe ressaltar que os princípios, inobstante ingressarem nos novos códigos, apenas ainda eram concebidos como informadores do direito positivo; e mesmo sendo extraídos da lei, eram vistos como pautas programáticas supraleais. À guisa de exemplo, Betti sustentava que os princípios possuem um conteúdo axiológico excessivo, motivo pelo qual há uma nítida repugnância a uma formulação em termos receptivos que, se ocorre, acaba por reduzi-los ao mesmo grau de outra norma qualquer. (BETTI, 1949, p. 212). Por sua vez, Esser, ofereceu considerável contribuição ao tema, ao cuidá-lo sob a ótica do direito privado, reconhecendo a atuação normativa dos princípios, embora os considerando como perfil de uma solução e não a solução em si mesma (ESSER, 1961. p. 102). Afirmava, ainda, que um princípio jurídico não é um preceito jurídico e nem tampouco uma norma jurídica em sentido técnico, justamente por não conter nenhuma inscrição vinculante de tipo imediato para determinado campo de questões. Para ele, os princípios seriam de duas ordens: os normativos, que não necessitariam de uma concretização de seu sentido, por serem deduzidos de pormenores reconhecidos positivamente e os princípios informativos, que seriam postulados de natureza ética ou política, vale dizer, diretrizes que ficariam apenas no campo ideal e não no campo jurídico (ESSER, 1961. p. 65). Nada obstante defender que os princípios, em si mesmos, não configurariam mandamentos, mas tão somente o critério e a justificação das normas, não se pode olvidar que Esser reconhecia que eles constituem direito positivo.

Destaca-se que com o advento do pós-positivismo, os princípios passam a ter normatividade reconhecida, muito embora ainda serem contrapostos às normas, como se fossem espécies distintas. De outra via, inobstante esse reconhecimento, o fato é que muitos ainda insistem em negar aos princípios o caráter normativo, a exemplo de Karl Larenz, que afirma que os princípios, mesmo servindo de base para o nascimento de regras, carecem de positivação. Segundo esse notável jurista alemão, são apenas pensamentos diretores que possibilitam a interpretação e o desenvolvimento de uma regulação determinada por eles (função positiva) e que excluem normas cujos valores lhes sejam contrários (função negativa) (LARENZ, 1993. p. 54). Hodiernamente, a divisão entre normas e princípios vem sendo refutada por renomados juristas e filósofos do direito, que caracterizam os princípios, ao lado das regras, como espécie de normas jurídicas. Tal fato ocorre principalmente porque os princípios saíram da seara exclusivamente privatística e ingressaram nos seios das Constituições, que constituem a base dos sistemas normativos. Tomando por premissa a tese que as normas jurídicas dividem-se em princípios e regras, mister se faz analisar as suas diferenças. A princípio, cabe ressaltar que a norma jurídica é concebida como um comando que manifesta a obrigatoriedade de um comportamento, a exigência de uma ação ou omissão (REALE, 1996. p. 287). Segundo Kelsen, as normas jurídicas são mandamentos imperativos, bem como permissões e atribuições de poder ou competência (KELSEN, 1986. p. 201).

Por certo que as normas jurídicas possuem uma estrutura lógica que se caracteriza pela conexão entre situações hipotéticas (fatos tipos) e determinadas consequências juridicamente prescritas, ou seja, pressuposto de fato e consequência (estatuição). Valendo-nos da maestria de Lourival Vilanova, o revestimento verbal não é a pedra fundamental para a caracterização de um enunciado como sendo normativo, máxime que este “*não obedece a uma forma padrão*”, podendo variar segundo as peculiaridades de cada idioma e as diversas estruturas gramaticais (VILANOVA, 1977. p. 51). Os princípios, por seu turno, também possuem um pressuposto de fato, hábil a caracterizá-lo como norma jurídica, como também possuem uma série indeterminada e homogênea de hipóteses, diferentemente do que ocorre com as regras. Melhor explicando, à guisa de exemplo: quando a Constituição de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, temos que a dignidade, nesse contexto, pode estar relacionada a uma série de questões, como saúde, educação, vida etc. demonstrando, por conseguinte, a possibilidade de existirem vários fatos, tipos. No tocante ao elemento consequência, (estatuição), não se pode perder de vista que ele também pode ser vislumbrado nos princípios. O que ocorre é que as

consequências estão presentes em outros dispositivos. Acerca da estatuição dos princípios, Eros Roberto Grau faz a seguinte observação

[...] neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante, configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando o sentido de validade delas (GRAU, 1997. p. 110).

Seguindo a maestria de Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] princípio é o 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 sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 1980. p. 230).

Com efeito, como bem salientou Dworkin, há dois critérios que permitem apartar os princípios das regras. O primeiro deles é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva, ou seja: ocorrendo a hipótese de incidência e sendo a norma válida, a consequência jurídica deve necessariamente ocorrer. Os princípios, por sua vez, não são automaticamente aplicados, comportando inúmeras exceções não previstas pela própria norma (DWORKIN, 2002. p. 43). Tomando por base essas considerações, e tendo em vista, ainda, a existência de regras e princípios formando um ordenamento jurídico, uma pergunta se impõe: como se comportar o aplicador do direito diante de um conflito entre regras ou entre regras e princípios, ou mesmo entre princípios?

A bem da verdade, tem-se que durante o processo hermenêutico, pode advir contradição entre normas integrantes do sistema, denominada antinomia. Ao explicar esse tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. conclui que a antinomia jurídica perfaz-se quando as normas conflitantes emanem de autoridades competentes, num mesmo âmbito normativo; contradigam-se por possuírem operadores opostos (permissão e proibição) e conteúdos refletindo negação interna um e outro (prescrição de atuação e prescrição de omissão) e, por fim, criem posição insustentável do sujeito destinatário da norma, sem qualquer recurso para resolver o impasse instituído (FERRAZ JUNIOR, 1994. p. 209). Assim, configurar-se-ia antinomia real quando preenchidos os três requisitos acima expostos e antinomia aparente, acaso haja solução prevista no ordenamento jurídico, entre nós, consignada na Lei de Introdução, em que se fixa o critério hierárquico, de especialização e cronológico.

Inobstante a antinomia possa ser às vezes meramente aparente, o certo é que, na realidade, admitimos a possibilidade de haver conflitos entre regras, entre regras e princípios e entre princípios; cabendo observar que essa colisão pode se dar independentemente da interferência do Estado, uma vez que já foi reconhecida no Direito Brasileiro a aplicabilidade direta dos princípios e dos direitos fundamentais nas relações privadas. Reconhecendo-se a natureza axiológica dos princípios, entende-se que estes possuem dimensão de peso valorativa, o que se encontra ausente nas regras. Por conseguinte, na hipótese de ocorrência de conflito entre dois ou mais princípios em um determinado caso, deve o intérprete considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, naquele caso concreto, qual deve prevalecer, afastando, por óbvio, o princípio incompatível para aquele caso. Situação diversa ocorre com as regras, haja vista que havendo conflito entre duas regras – o que Bobbio denomina de antinomia própria – uma delas será invalidada e deverá ser excluída do sistema jurídico. (BOBBIO, 1989, p. 86). Nesse contexto, os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (*lex posterior derogat priorem, lex superior derogat inferiore et lex specialis derogat generalem*), conforme alhures dito, não cabendo ao aplicador do direito nenhum juízo valorativo.

Na hipótese de conflito entre princípios, conforme ainda observado por Dworkin, não há propriamente uma discricionariedade do intérprete em definir qual deles deve prevalecer, posto essa prevalência resulta, na expressão do constitucionalismo alemão, de um juízo de ponderação entre os diversos valores jurídicos envolvidos, tomando por pilares os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (DWORKIN, 2002. p. 42). Não se pode olvidar, ainda, que boa parte das normas de direitos fundamentais é composta por princípios: igualdade, privacidade, liberdade de expressão, função social da propriedade, liberdade de consciência, dentre outros direitos, que constituem, antes de tudo, princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico, devendo, pois, ser necessariamente considerados pelo aplicador do direito.

Considerando que os princípios possuem uma dimensão de peso maior que a das regras, como vimos de ver; e havendo um conflito de regras, uma dessas regras será invalidada, enquanto que no conflito entre princípios, a solução dependerá do peso e da importância de cada um no caso concreto, que não será invalidado, porém apenas não aplicado naquela determinada situação (DWORKIN, 2002).

Partindo dessas constatações, Alexy apresenta a distinção fundamental entre regras e princípios: princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, sem embargo, mandados de otimização

que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e por a medida de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, como também, das possibilidades jurídicas. De outra senda, as regras possuem determinações no campo fático e jurídico de forma que se ela é válida; então, deve ser cumprida exatamente naquilo que ela ordena, mormente que as regras seriam aplicadas de forma silogística enquanto os princípios, por meio da ponderação. Assim, poder-se-ia asseverar que a concepção de Alexy nos leva a equiparar os princípios a valores, embora aponte para o que é devido e não apenas para o que seria melhor, o que impede que se possa determinar, para cada caso, a resposta correta na aplicação dos princípios.

Na linha dessa diretriz/orientação, portanto, estar-se-ia efetivamente diante de um conflito de normas nas relações privadas, quando se garante o direito ao filho de saber sua origem genética e, ao mesmo tempo, ao doador do material sexual ao sigilo de sua identidade, que deve ser solucionado através da ponderação, como será adiante enfatizado.

É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro é composto por um montante de normas que, por sua vez, subdividem-se em regras e princípios. É um sistema normativo onde as normas são gênero, e os princípios e as regras são espécies; sendo certo, ainda, que os princípios são normas jurídicas com um grau de abstração muito grande, enquanto as regras são normas mais específicas, que impõem, proíbem, ou até permitem que determinada conduta seja praticada, tendo um grau de abstração, por assim dizer, mais reduzido (CANOTILHO, 2002, p. 1.143).

As regras e princípios norteiam todo o sistema jurídico brasileiro, não sendo diferente com o direito de família. Os princípios possuem grande peso valorativo no sistema normativo contemporâneo e é muito importante para resolução dos litígios, notadamente quando estamos diante de problemas que envolvem a estrutura familiar, sendo de extrema valia ressaltar que destacamos na presente pesquisa alguns dos princípios que dão suporte ao direito de família, especialmente, no que concerne a reprodução humana assistida e a nova compreensão de filiação, como fora o caso do princípio da dignidade da pessoa humana

Sem embargo, e ante o conflito de normas, não há consenso, tanto no direito pátrio como no direito alienígena, sobre a prevalência de um ou de outro direito. É certo que no âmbito do conhecimento da identidade dos doadores, podemos identificar três modelos legais: o do anonimato absoluto, no qual não se admite a identificação do doador; o de níveis de conhecimento, o qual admite, em situações específicas, o conhecimento da identidade do doador, desde que haja autorização judicial ou administrativa e o sistema do conhecimento absoluto, no qual basta o requerimento do interessado para que a identidade do doador seja

revelada (OLIVEIRA, 2011. p .85). Nada obstante a maioria dos países em que há legislação sobre a reprodução humana assistida garantir o direito ao anonimato do doador na inseminação heteróloga, o certo é que atualmente vários países, em especial os nórdicos e anglo-saxônicos¹¹, têm alterado suas legislações, abandonando a regra do anonimato e permitindo o acesso aos dados dos doadores ((OLIVEIRA, 2011. p .108).

No Brasil, como já foi mencionado, a Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, na mesma linha das anteriores, sempre garantiram o anonimato do doador, com a ressalva apenas de que se pode ter acesso a dados clínicos de caráter geral do doador, características fenotípicas e amostra de material celular, em casos de doenças genéticas ou para evitar relacionamentos consanguíneos, sendo vedada, no entanto, a revelação da identidade civil. Os argumentos favoráveis ao sigilo do doador são diversos: a uma, destaca-se que o conhecimento da identidade do doador poderia, de alguma forma, produzir interferências na relação familiar, atentando contra a estabilidade da família; a duas, a descoberta de uma outra pessoa na sua criação poderia causar, inclusive, traumas à criança, prejudicando-lhe o bem-estar; a três, e por outra vertente, o doador poderia reclamar direitos sobre o filho, bem como o filho poderia reclamar direitos em relação ao doador, sem contar com o prejuízo da carga psicológica que implica para o cônjuge estéril conhecer a identidade do pai ou da mãe biológica do seu filho.

Na realidade, o anonimato representa um mecanismo de proteção do doador que, ao realizar a doação, não tinha em mente, por certo, qualquer projeto parental. Para Eduardo de Oliveira Leite, o anonimato permite, sim, garantir o desenvolvimento normal da família assim fundada e também proteger, por conseguinte, o leal desinteresse daquele que contribui na sua formação; sendo certo, ainda, que na hierarquia dos valores essas considerações sobrepujam o pretendido direito ao conhecimento da origem. Cabe também salientar que o anonimato impede que sejam estabelecidas relações entre o doador e a criança com vistas à obtenção de vantagens pecuniárias, pois efetivamente a ruptura do sigilo poderia gerar relações de fato com o doador (LEITE, 2000, p. 33).

¹¹ Inglaterra, Holanda, Canadá, Austrália, por exemplo, admitem a revelação da identidade do doador. Outrossim, em decisão proferida em 28 de janeiro de 2015, o BGH reconheceu, em tese, a possibilidade do indivíduo concebido por reprodução heteróloga, conhecer a identidade civil de seu genitor. No caso, duas crianças nascidas em 1997 e 2002, representadas por seus pais, processaram a clínica de reprodução assistida onde a mãe realizou a inseminação, questionando a identidade do pai biológico. A clínica recusou-se a fornecer a informação, alegando o direito ao anonimato do doador do sêmen e também que seus pais renunciaram, expressamente, em declaração registrada em cartório, a revelação posterior da identidade do doador. O Tribunal entende que “o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (Grundgesetz). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade”.

Com base na maestria de Albertino Daniel Melo, o filho não perde a identidade por não conhecer os pais genéticos, porque, com a afirmação dos direitos da personalidade, é certo que a identidade se altera com o esforço pessoal próprio, ganhando nova imagem, foros de honra, de intimidade, tudo isso faz com que a sociedade se engrandeça (MELO, 2000. p. 2). Por seu turno, salienta Gumicio que, “*Si si aboliera el secreto a la identidad del donante, varios centros sanitarios temen que se quedarian sin ellos, ante la posibilidad que en el futuro pudieran quedar obligados a cumplir los deberes de padre*” (SCHONTHALER, p. 329-343, 1994.). Com base nesses argumentos e nas magnitudes lições, o anonimato seria, sem embargo, uma forma de incentivar a doação, mediante a garantia de ausência de qualquer responsabilidade do doador para com o gerado, sendo certo, ainda, que é graças à garantia do anonimato, que uma pessoa pôde nascer com a técnica da reprodução humana assistida, na modalidade heteróloga, posto que do contrário, por essa linha de raciocínio, não teria havido a doação.

No entanto, conforme já bem frisado em anteriormente, não se pode confundir estado de filiação com direito à origem genética. Demais disso, e ainda reforçando o quanto explicitado nos tópicos anteriores, já se decidiu, em várias oportunidades, que o direito à origem genética nem sempre é absoluto. Corrobora com tal assertiva, por exemplo, a adoção do instituto do parto anônimo por alguns ordenamentos jurídicos. Mediante o parto anônimo, concede-se à mãe o direito de entregar o filho ao Estado, quando do nascimento, assegurando-lhe o direito de exigir que não conste seu nome no registro de nascimento da criança, afastando qualquer efeito jurídico da maternidade. Com base nos ensinamentos de Fabíola Santos Albuquerque, o nome decorreu do fato de ser fixado na janela ou no muro, normalmente e/ou preferencialmente das Santas Casas de Misericórdia, hospitais ou conventos, um artefato de madeira no qual era posta a criança e mediante um giro era conduzida ao interior daquelas dependências. Bastaria um toque na campainha, ou um badalar de sino para perceber que era o sinal dado que identificava que na roda-viva havia uma criança e quem a colocou não queria ser identificado (ALBUQUERQUE, p. 143-144, dez./jan. 2007).

Convém ressaltar que Áustria, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e alguns Estados dos Estados Unidos (28 dos 50 Estados) adotam o instituto do parto anônimo. Tal instituto faz reviver a chamada “roda dos expostos” em que os bebês eram entregues às instituições

religiosas, por meio de uma portinha giratória, sem que a mãe fosse vista¹². Tramita no Brasil o Projeto de Lei 2.747/2008, do Deputado Federal Eduardo Valverde (PT-RO), assegurando à gestante o direito de dispor da maternidade, bem como de ter a identidade preservada desde o pré-natal, caso venha a entregar o filho tão logo ocorra o parto, sendo certo que referido projeto já vem despertando inúmeros debates em todos os seguimentos da sociedade. Portanto, da mesma forma como ocorre na inseminação artificial heteróloga, garante-se o sigilo da identidade da genitora, evitando, por completo, que a pessoa conheça sua origem biológica, quando nascida em decorrência do instituto do parto anônimo.

Trazemos à lume o fato de que a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Odièvre c/ France*, considerou a legislação francesa que consagra o parto anônimo compatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Cuida-se do caso em que a Sra. Odièvre, mulher de aproximadamente quarenta anos, nascida de um parto anônimo e tendo sido adotada por um casal francês desde cedo, requereu lhe fosse fornecida a identidade de sua genitora, sem visar, destarte, qualquer desconstituição da relação familiar. Como base do seu pedido alegou que a confidencialidade e o segredo dos dados de sua mãe violaria o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito da vida privada e familiar. No entanto, a referida Corte entendeu que nenhum direito é absoluto nem tampouco o direito de conhecer a origem biológica e, na hipótese à epígrafe, deveria prevalecer o disposto na lei francesa, a qual assegurava o anonimato da genitora, máxime que a litigante tinha sido adotada e, por conseguinte, possuía uma família (CARLUCCI, 2003).

Ao asseverar que o direito do filho à família biológica não seria absoluto, o referido Tribunal, no caso em testilha, traçou uma distinção entre o direito à vida íntima e o direito à vida familiar, e não reconheceu qualquer violação deste, em face de a requerente não pretender gerar vínculos jurídicos com família de origem, nem sequer destruir os laços com a família adotiva. Infere-se, ainda, como motivação da decisão, o argumento de que cabe aos Estados a possibilidade de optar, mas, por óbvio, dentro de uma certa margem de apreciação, entre as medidas próprias para assegurar o reconhecimento dos direitos que a Convenção garante a toda pessoa. Referida decisão, diante de uma análise detidamente feita por Aida Kemelmer de Carlucci, reveste-se de um grande equívoco, em face, principalmente, de haver desconsiderado o direito de personalidade em razão da autonomia da vontade materna que foi, flagrantemente, desprezada (CARLUCCI, 2003).

¹² A roda foi criada em Marselha, na França, em 1188, a pedido do Papa Inocêncio III, diante da grande quantidade de bebês jogados no rio Tigre.

Curiosamente, o mesmo Tribunal Europeu, ao apreciar o caso *Milkulic c/ Croácia*, reconheceu, no entanto, a importância do direito à identidade pessoal. Tratou-se da situação em que a requerente, uma menina de cinco anos, queixava-se da morosidade de um processo de investigação de paternidade, em razão da inexistência no direito croata de uma medida/remédio que permitisse aos juízes forçar o suposto pai a se submeter às provas genéticas. Sopesou a referida Corte os interesses da pessoa de obter informação para descobrir a verdade concernente a um aspecto relevante de sua identidade pessoal e o interesse de terceiros a opor-se a serem submetidos a um exame médico. Ponderou que o Estado tinha obrigação de proporcionar os meios alternativos que permitissem a uma autoridade independente solucionar o caso num prazo razoável e entendeu que o interesse da requerente com relação à identidade pessoal havia sido, sim, relegado por um tempo prolongado de forma excessiva (CARLUCCI, 2003).

Conforme alhures dito, no Brasil, não há lei regulamentando a reprodução humana assistida, existindo tão somente a já referida norma quanto à identidade do doador contida na Resolução supracitada e a editada pelo Conselho Nacional de Justiça, Provimento 52/2016, já mencionado, que garante o conhecimento da origem genética. Frise-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 71.373-RS, entendeu, à unanimidade, que não pode, sob hipótese alguma, haver a condução sob vara para realização do teste de DNA, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sem, contudo, salientar o direito à origem genética. Vide, por oportuno, a ementa do acórdão:

Investigação de paternidade. Exame de DNA. Condução do réu “de-baixo de vara”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de va-ra”, para coleta de material indispensável à leitura do exame de DNA. A recusa devolve-se ao plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus 71.373-RS. Relator Ministro Francisco Rezek. Redator Ministro Marco Aurélio Mello. Decisão por maioria. Brasília, 10.11.1994. DJ 22.11.1996. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2017).

Em sentido oposto, de outra via, quando do julgamento do Recurso Especial 140.665-MG, cuja ementa se transcreve, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça:

Direitos Civil e Processual Civil. Investigação de paternidade. Prova genética. DNA. Requerimento feito a destempo. Validade. Natureza da demanda. Ação de Estado. Busca da verdade real. Preclusão. Instrução probatória. Inocorrência para o juiz.

Processo civil contemporâneo. Cerceamento de defesa. Art. 130, CPC. Caracterização. Produção antecipada de provas. Colheita de material do morto antes do sepultamento. Possibilidade. Recurso provido. I – Tem o julgador a iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. III – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz. (Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 140.665-MG. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Decisão unânime. Brasília, 17.09.1998. DJ 03.11.1998. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2017).

Nada obstante a retrocitada decisão do Superior Tribunal de Justiça restrinja-se a aspectos processuais, o certo é que o cerne da questão reside em se considerar ou não o exame de DNA um direito a ser assegurado a quem pretenda confirmar ou até mesmo negar o vínculo genético com o outro. Parece-nos ser esse mesmo o ponto nodal da decisão do Supremo Tribunal Federal. O fato é que enquanto a primeira corte reconheceu o direito à realização do exame; a segunda, o negou. Cabe, ainda, registrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi objeto de severas críticas, na medida que reconheceu a prevalência, naquele caso, do direito à intangibilidade do corpo humano do suposto pai, que protege interesse privado sobre o direito à identidade da criança que salvaguarda, em última análise, um interesse público, representado pela dignidade da pessoa humana (DIAS, 2007. p. 368).

Foi editada, posteriormente, a Súmula 301, do STJ, segundo a qual “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção júrís tantum de paternidade”¹³. Depois, em consonância com o artigo 232 do Código Civil de 2002¹⁴, surgiu a Lei 12.004/2009¹⁵ que estabeleceu, em seu artigo 2º-A, que “a recusa do réu em se submeter ao exame de DNA, na ação de investigação de paternidade, gera a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”. Vale dizer, referido

¹³ Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 dez. 2017.

¹⁴ Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

¹⁵ Lei 12.004, de 29.07.2009. Altera a Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União de 30.07.2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2017

dispositivo foi feliz ao ressaltar que não se trata de uma decisão baseada tão somente em exame científico, posto ser necessário que o resultado do exame seja avaliado em conjunto com as demais provas constantes dos autos, inclusive a existência de eventual filiação socioafetiva.

Registra-se, entretanto, que nos casos de adoção, a jurisprudência e doutrina brasileira reconhecem o direito à origem genética, sem vínculo de filiação. Ressalta, ainda, Gumicio, que hoje existe uma corrente mundial que considera o anonimato do doador uma posição retrógrada, a qual privilegia a construção da filiação sobre relíquias jurídicas exclusivamente biológica, própria, por certo, de outros tempos, na medida que o legislador utilizava critérios restritivos sobre a matéria. Pondera, ainda, que, inobstante o anonimato seja ainda muito difundido, o certo é que já se começa a ser superado como meio de proporcionar doadores, já que se tem recorrido, várias vezes, a doadores da família como forma de assegurar uma maior semelhança fenotípica e genotípica (SCHONTHALER, 2004. p. 329-343).

Mais uma crítica que se faz ao anonimato, e não menos importante, consiste nos graves transtornos psicológicos que poderiam gerar para o filho o desconhecimento de suas origens, na hipótese de descobrir que não é filho biológico de seu pai e que está impossibilitado de conhecer a verdadeira origem, sem desprezar, ainda, a questão dos impedimentos matrimoniais e das enfermidades genéticas.

Nas palavras de Alejandro Bugallo Alvarez,

[...] o anonimato garante a autonomia do doador e dos pais que assumem a paternidade, mas certamente, nega a autonomia na relação da filiação, ao menos a partir do momento em que o filho adquire maioridade. Não procede, igualmente, a afirmativa de que a paternidade biológica esteja ultrapassada porquanto superada pela paternidade afetiva. Uma coisa é que se reconheça a relevância da paternidade afetiva porque o importante é criar condições para o desenvolvimento da personalidade da criança (lado psicológico e moral da paternidade) e outra, é sacrificar, em função da ênfase na paternidade afetiva, o direito à identidade, mesmo que não tenha qualquer efeito patrimonial¹⁶

Nesse mesmo sentido, por seu turno, leciona Tycho Brahe Fernandes: [...] ao se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, em inaceitável discriminação se estará negando a ela o direito que é reconhecido a outra criança, nascida de relações sexuais (FERNANDES,

¹⁶ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Princípios informativos da relação de filiação: indagações à luz dos progressos da biotecnologia. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_aalejandro.html>. Acesso em: 12 maio 2017.

2000. p. 85). O retrocitado autor assevera que Álvaro Villaça de Azevedo posiciona-se no mesmo sentido, ao argumentar que o filho gerado através de uma das técnicas de reprodução assistida poderá, a qualquer tempo, investigar a paternidade, devendo os responsáveis pelos dados do doador, fornecê-los, desde que em segredo de justiça (FERNANDES, 2000. p. 85).

Parte da doutrina, na Itália, utiliza-se da analogia para reconhecer o direito da criança a sua origem genética, com base nas disposições da Lei de Adoção, conforme aponta M. Dossetti : Parte della dottrina, nel ricercare la soluzione, si ispira alla legge sull'adozione, che consente all'adottato che abbia raggiunto venticinque anni di età (diciotto in particolari casi), di accedere ai dati relativi alle proprie origini genetiche. (DOSSETTI, M. 2010, p. 113).

Analisando o ordenamento jurídico chileno, Corral afirma que existe um direito a investigar a identidade do doador pautado na Constituição e nos Tratados Internacionais ratificados no Chile. Destaca que a Constituição Chilena garante o direito à vida e à integridade física e psíquica das pessoas e que o art. 5º reconhece a existência dos direitos essenciais da natureza humana. Ainda ressalta que o Pacto de San José de Costa Rica estabelece que ninguém será submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, e, por fim a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o direito da criança de conhecer seus pais, na medida do possível (art. 7º). Alicerçado nesse conjunto de normas, conclui:

[...] El derecho a conocer la identidad del progenitor debe ser reconocido como un derecho esencial que corresponde a toda persona, cual-quiera sea su raza, sexo, color o forma de nacimiento, es decir, se trata de un derecho derivado de la naturaleza humana, **que el ordenamiento debe proteger y facilitar**, y no impedir o dificultar. En caso contrario, se estaría sometiendo a la persona a un trato inhumano o degradante y, por cierto, se le estaría infiriendo un dano a lo menos a su integridad psíquica, todo lo cual entraña vulneración de los textos internacionales y constitucionales que acabamos de citar. (CORRAL, 1994. p. 191)

De que tudo que já foi explicitado, como vimos de ver, demonstra que há uma nítida divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca do tema, sendo certo que no Brasil, ante o conflito das normas atinentes ao estudo à epígrafe, há uma tendência de prevalecer o entendimento no sentido de que reconhecer o direito à origem genética da criança, do adolescente e do adulto, independente da idade, sexo, cor, credo, o que significa não só com isso garantir-lhe o direito à vida, à saúde, mas também, à história pessoal (BARBOSA , 2002. p. 387). Nesse sentido, caminha o já citado Projeto de Lei 115/15. Dessarte, não se pode perder de vista que esse direito não é absoluto.

De certo que, conforme entendimento dominante na doutrina brasileira, não há hierarquia normativa entre princípios. No entanto, alerta Paulo Lobo que há um certo

reconhecimento de uma espécie de hierarquia axiológica, que é extraída do caso concreto. E explica:

[...] Sabe-se que o conteúdo do princípio apenas emerge de cada caso, dando-se nova configuração à velha lição do antigos greco-romanos da submissão do intérprete à equidade, entendida como justiça no caso concreto. Assim, não há *prima facie*, prevalência de qualquer princípio sobre o outro (LOBO, 2011, p. 29-41)

Dessa forma, o conflito entre princípios deve ser solucionado através da prevalência de um sobre outro, de acordo, por óbvio, com o peso que cada um possui no caso concreto. Assim, a colisão de princípios é resolvida na dimensão de peso, estabelecendo-se uma relação de precedência condicionada, com a indicação das condições sobre as quais um princípio precede ao outro (ALEXY, 2001, p. 94). Com muita propriedade, Alexy formula a lei de colisão atinente à conexão de relações de precedências condicionadas e regras, na seguinte forma sintética: *“las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”*. (ALEXY, 2001, p. 89). Partindo da premissa que o princípio da universalidade se concretiza na lei de colisão, assevera Alexy:

[...] Em virtud del principio de universalidad, de cada decisión del TCF puede obtenerse una regla de decisión más o menos concreta referida al caso decidido (...) cuando los casos son suficientemente iguales, tales reglas de decisión son siempre aplicadas. Portanto, si se resumen todas las reglas de decisión del Tribunal Constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y densa de normas (ALEXY, 2001, p. 537).

A lei de ponderação¹⁷ e a lei de colisão, para alguns críticos, possuem caráter meramente formal, não servindo para determinar o princípio prevalente nem tampouco para embasar a determinação, o que motivou à afirmação que elas não passavam de fórmulas vazias. Destarte, Alexy, ao responder às críticas, pontuou que a lei de ponderação, apesar de não servir, por si só, à aferição da correção da ponderação, não pode, sob hipótese alguma, ser considerada como uma forma vazia, pois o modelo de ponderação como um todo proporciona, sim, um critério ao vincular a lei de ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. A lei de ponderação diz o que é que tem que ser fundamentado racionalmente (ALEXY, 2001, p. 161). Assim, o controle da ponderação é efetivado na

¹⁷ Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. Na verdade, a simples questão do que é a ponderação exige um exame mais aprofundado, tanto porque a idéia tem sido empregada pela jurisprudência de forma generosa.

fundamentação do enunciado de preferência, sendo que a fundamentação será realizada de acordo com a teoria da argumentação jurídica, podendo aquela não ser referida especificamente à ponderação, em que podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação jusfundamental, à exceção dos argumentos semânticos, em virtude de que, com a constatação da colisão, já se decidiu, com base no texto literal, sobre a aplicabilidade da norma em questão; pode ser referida especificamente à ponderação, ou seja, à lei de ponderação. É assim formulada a lei de ponderação: “*cuanto maior es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” (ALEXY, 2001. p. 161). Diz-se que uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Na visão de Alexy, a ponderação observará uma lei de colisão e qual o princípio que será menos afetado quando não aplicado em detrimento de outro, em cada caso concreto, levando à necessidade de observar o princípio da universalidade, vedando que se outorgue tratamento diferenciado àqueles que se encontram em situações idênticas nos aspectos relevantes. Assim, segurança jurídica seria preservada a partir do procedimento utilizado para a realização da ponderação, através da argumentação jurídica que certamente traria uma fundamentação racional das condições de preferência de um princípio sobre o outro. Cabe ressaltar que, para Habermas, destarte, a ponderação não seria realizada de forma racional, pois a atribuição de pesos aos direitos e às restrições poderia ocorrer de forma arbitrária e sem a devida reflexão, trazendo, assim, enorme risco à segurança jurídica. Critica, ele, a maneira como Alexy entende a ponderação de princípios, por implicar uma concepção axiologizante do Direito (HABERMAS, 2004. p. 290). Nada obstante tais argumentos, o certo é que é através da ponderação que se vem solucionando a maior parte dos conflitos normativos no Brasil.

Em se tratando do direito à origem genética, não se pode negar sua natureza de direito fundamental, no entanto, não importa dizer que deverá sempre prevalecer, no caso específico da inseminação artificial heteróloga, tendo em vista que, como alhures dito, não se trata de um direito absoluto. Destaca-se que Gama, por exemplo, defende a possibilidade de o direito à intimidade de o doador ceder em favor do direito à origem genética da pessoa concebida artificialmente, em face da importância da informação sobre a ascendência para o bem-estar psíquico da pessoa. Prega, ainda, que deve ceder sempre nos casos em que a informação terá relevância para assegurar a integridade física e até mesmo a saúde da pessoa, nas hipóteses de doenças genéticas. Argumenta que nesses casos, em verdade, teríamos um conflito não apenas do direito à origem genética, mas até mesmo do direito à vida, cujo peso valorativo é bem maior do que qualquer outro (GAMA, 2003. p. 906).

Pontua Guilherme de Oliveira que “o direito à identidade e à integridade moral deve sofrer restrições necessárias de tal modo que, à força de o querer respeitar cegamente, não se preste um mau serviço ao titular” (OLIVEIRA, 2003. p. 491). Corroborando com tais ensinamentos, tem-se que exercício da ponderação, o aplicador do direito deverá ter em mente o princípio do melhor interesse da criança, que não importará necessariamente no conhecimento da origem biológica, nos casos de reprodução humana heteróloga. Pode acontecer, efetivamente, o fato de a criança ainda não ter maturidade suficiente para lidar com a questão, podendo até causar dano à integridade psíquica dela e abalar o relacionamento com a família, já alicerçado e calcado na afetividade; motivo pelo qual há quem defenda que a informação apenas deve ser fornecida a partir da maioridade do filho que foi gerado por essa técnica. De outra via, o julgador deverá valer-se de parecer psicossocial) de uma equipe interdisciplinar a fim de, no caso concreto, poder avaliar a extensão dos benefícios e danos para as partes envolvidas, tentando, assim, causar o menor dano possível, ao decidir qual o direito fundamental que deverá prevalecer.

Mesmo que não se trate mais da criança, entendemos que deve o julgador realizar ponderações éticas, psicológicas e sociais antes de proferir sua decisão. O fato de alguém querer pura e simplesmente saber sua origem biológica por mera curiosidade, sem que a ausência de tal informação tenha lhe gerado qualquer dano psíquico ao longo da vida; e sem que haja perigo para a sua saúde ou possibilidade de relacionamentos consanguíneos, pode não justificar, numa situação em concreto, a revelação da identidade civil do doador, máxime que a intimidade do doador e suas relações familiares podem ser profundamente afetadas com tal revelação. Basta, à guisa de exemplo, lembrar o caso de um doador que fez a doação, ainda quando solteiro e veio, posteriormente, a casar-se, resultando filhos dessa relação conjugal, surpreendendo ao ser procurado por um filho biológico, fruto da doação do seu sêmen, que procurou estabelecer com ele e com os irmãos, novos vínculos afetivos. Sem embargo, nesse caso, a relação com a esposa poderia ser abalada, bem como com os filhos, vendo-se o pai biológico, de certa forma, forçado, ainda que por questões morais, a manter contato com uma pessoa que lhe é totalmente estranha e em relação à qual nunca quis saber sequer se nasceu, nem muito menos, estabelecer qualquer laço afetivo. De outra senda, o pai biológico também poderia querer relacionar-se com um filho biológico, podendo tumultuar a relação deles com os pais socioafetivos.

Registra-se que Rafael Vale e Reis propõe uma solução semelhante à adotada pela lei suíça, partindo-se da regra da admissibilidade do conhecimento da identidade do doador, podendo este, no entanto, invocar razões relevantes para impedir que a sua identidade fosse

revelada, de modo que tal revelação causasse maior prejuízo do que aquele que a efetivação do direito de conhecer as origens genéticas visa a evitar (REIS, 2008. p. 477). Por conseguinte, não há como se sustentar, assim, que o direito à origem genética deva sempre prevalecer sobre o direito ao anonimato do doador, na reprodução humana assistida heteróloga, à exceção dos casos de doenças quando se discute também o direito à vida, sendo imprescindível, em caso de conflito, repita-se, a realização da ponderação, valendo-se o julgador de auxílio de pareceres elaborados por equipe interdisciplinar, de modo a atender ao bem comum e afastar o princípio cuja aplicação seja menos adequada à situação. Este foi o entendimento recentemente firmado pelo Tribunal Alemão, em decisão proferida em 16 de março de 2015, a qual já se fez referência, quando reconhece que o direito não é absoluto, devendo se ponderar no caso concreto todos os interesses legítimos envolvidos. Em comentários à decisão, Karian Fritz explica que o maior deles é, na sequência, O direito ao anonimato do doador, que decorre de outro maior, o direito à autodeterminação informativa (Recht auf informatio-nelle Selbstbestimmung) – também de status constitucional, que lhe confere o poder de planejar e regular sua vida particular. Ressalta que o que menos importa no caso são os interesses meramente patrimoniais, seja de que parte for; motivo pelo qual considera necessária a demonstração da real necessidade (Bedurfnis) ou interesse da criança em ter acesso à informação desejada, concluindo que essa informação poderá ser negada quando da análise geral do contexto fático resultar inequivocamente que a pretensão foi movida basicamente por fins meramente financeiros, desde que não merecedores de proteção”. (REIS, 2008. p. 108).

Trazemos à lume a informação de que, no Brasil, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu o direito de uma mulher a realizar a fertilização in vitro com óvulos doados por sua irmã, afastando a proibição prevista na Resolução 2.121/2015, segundo a qual os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores. Pautou-se Colhe-se na seguinte fundamentação:

“[...] A razão maior da proibição inscrita na Resolução/CFM 2121/2015, ao resguardar a identidade **de doador(a) e receptor(a), encontra fundamento ético nos** riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, desestabilizando as relações familiares e pondo em xeque o bem estar emocional de todos os envolvidos. Os laços consanguíneos existentes entre as irmãs e o fato da possível doadora haver constituído família torna remota a chance de qualquer disputa em torno da maternidade, caindo por terra, então, diante da análise da situação concreta, a proibição inserta na norma questionada e a cautela representada pela preocupação que moveu o Conselho Federal de Medicina ao erigi-la”. E continua: “ Se o sigilo é importante para garantir aos doadores de gametas isenção de responsabilidade em face dos deveres inerentes às relações de filiação, sob esse aspecto também não se mostra consentâneo com o caso concreto, no qual a relação

de parentesco verificada entre doadora, casal e futura criança caracteriza vínculo do qual decorrem obrigações preexistentes de cuidado e assistência mútua” (TRIBUNAL REGIONAL 3A REGIÃO. SEXTA TURMA Apelação Cível 0007052-98.2013.4.03.6102/SP. Relatora Desembargadora Federal Mairan Maia. Revista Consultor Jurídico, 2 de janeiro de 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 30 maio 2017).

Observe-se, por sua vez, que o Provimento 52/2016, do Conselho Nacional de Justiça, reconhece a possibilidade de conhecimento da ascendência biológica, sem qualquer restrição, quebrando o sistema do anonimato anteriormente imposto pela Resolução 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, e atualmente mantido pela Resolução 2168/17, ressalvando, apenas, no parágrafo quarto do seu artigo 2º, a inexistência de efeitos jurídicos entre doador ou doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida¹⁸, consoante já mencionado anteriormente. Nada obstante a norma não seja lei em sentido formal, única que poderia disciplinar a matéria de registro público, o certo é que a mesma está em vigor e vincula os membros do Poder Judiciário, assim como os delegatários dos serviços extrajudiciais de registro civil, fiscalizados pelo referido Poder. Ainda assim, entende-se que, *de lege ferenda*, poderia ser garantido pela competente lei a disciplinar a matéria, o direito ao conhecimento da origem genética, constando dos bancos de dados das clínicas que efetivam as técnicas de reprodução humana assistida, todos os dados indispensáveis à realização de tal direito, inclusive a identidade civil do doador, para que, apenas em caso de oposição do doador, o Judiciário apreciasse se seria o caso, ou não, de não revelar tais dados¹⁹.

Com efeito, inegável a fragilidade do tema, tendo em vista que há uma colisão de direitos fundamentais, não havendo como estabelecer uma regra para determinar a prevalência de um sobre o outro, pois ambos de fundamental importância. Mas uma coisa é certa: assegurando um; estar-se-ia, em termos, violando outro.

Assim, havendo colisão entre direitos fundamentais, um deverá ceder lugar para que o outro possa ser satisfeito, para Gomes (2007, p. 80) é preciso fazer uma interpretação dos princípios em conflito e depois estabelecer uma hierarquia axiológica, considerando ainda, o possível impacto de sua aplicação no caso concreto, onde a norma de maior valor axiológico

¹⁸ O reconhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio de reprodução assistida (§4º do art. 2º do Provimento nº 52, de 14 de março de 2016 da Corregedoria Nacional de Justiça)

¹⁹ Os arts. 8º e 11 do Projeto de Lei 2.747/08 assim dispõem: “Art. 8º. A mulher que se submeter ao parto anônimo será informada da possibilidade de fornecer informações sobre sua saúde ou a do pai, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, bem como, sua identidade que será mantida em sigilo, e só revelada nas hipóteses do art. 11 desta lei. Art. 11. A identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho”. Disponível em: <www.ccr.org.br/uploads/noticias/Projeto_de_Lei_537107.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

prevalece e a de menor valor sucumbe, apenas no sentido de ser deixada de lado, para que se possa solucionar o conflito no caso concreto.

Por sua vez, no que concerne ao direito de buscar a ascendência genética da pessoa gerada por reprodução humana realizada por fertilização heteróloga, Greuel (2013) resume que “Enquanto alguns estudiosos defendem a prevalência do anonimato do doador do material genético, outros posicionam pelo direito à identidade genética. Esse confronto de entendimentos reforça a necessidade de uma regulamentação específica.”

E como não há regulamentação nesse sentido, atualmente, coloca-se a ponderação de tais direitos nas mãos da magistratura brasileira, ou seja, o juízo de valor que se dará aos princípios fundamentais em conflito caberá ao julgador realizar caso a caso. Por conseguinte, na reprodução humana medicamente assistida, realizada por inseminação heteróloga, havendo litigância entre direito a identidade genética e direito ao sigilo dos doadores, caberá ao julgador o dever de analisar com base na ponderação de interesses e na hierarquia axiológica, fazendo assim um juízo de valor de qual direito fundamental deverá ser garantido e satisfeito, se o sigilo do doador, ou, o direito ao conhecimento da origem genética, que é essencial, indisponível, intransmissível e irrenunciável, em virtude de se tratar de direito da personalidade humana de todo ser humano, para que este conquiste uma vida digna, como se preceitua na nossa magna constituição.

Cabe registrar que atualmente predomina o entendimento de que em razão do direito à vida, positivado no artigo 5º e direito a saúde, disposto no artigo 196, ambos da Constituição federal, o sigilo da identidade dos doadores de gametas poderá ser quebrado, se na hipótese (o não conhecimento do patrimônio genético) colocar em risco a vida humana, pois, entende-se que por ser a vida o maior bem protegido pelo direito brasileiro, prevalece então, em face dos outros direitos nos casos de conflito. (MALUF, 2010, p. 86)

Assim, e tão somente nesse sentido, é que, hodiernamente, é garantido o direito ao conhecimento da origem biológica do ser concebido por fertilização heteróloga, dessarte, urge a necessidade da promulgação de lei que conceda esse direito a pessoa que por necessidade, física, psíquica, moral, entre outras, queira saber sobre suas origens, pois, esse direito faz parte da sua personalidade.

Perfilhando os parâmetros dos mencionados artigos, percebe-se que não pode ser suprimido o direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética, em razão do sigilo dos doadores, já que a quebra deste, não seria tão prejudicial, quanto o não conhecimento do patrimônio genético da pessoa gerada pela técnica artificial de fertilização heteróloga.

4.5 O DIREITO ESTRANGEIRO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

A fim de que em brancas nuvens não passe, há que se dizer que sobre o tema à epígrafe há uma grande quantidade de estudos em diversos países, sendo certo que em alguns países analisou-se a percepção da população com respeito ao direito de conhecer pais biológicos, em especial com respeito à possibilidade de ocorrência de doenças genéticas, valendo citar, à guisa de exemplo, que um estudo conduzido na Finlândia, indagaram se a população local seria favorável ou não à realização de testes para determinação de paternidade, e quais os principais argumentos que os motivaram a tomar determinada posição. Observou-se que a razão mais aceita pelos entrevistados, num total de 89%, para justificar a realização de testes genéticos de determinação de paternidade foi o fato destes testes afetarem diretamente a sua própria vida e saúde. Na sequência, 84% mencionaram que defendiam a realização de tais testes pelo efeito que eles teriam na vida e saúde de seus descendentes. De outra via, o argumento mais fortemente aceito para justificar a não realização de tais testes, considerado relevante por 59% dos entrevistados, foi que eles poderiam proporcionar algum tipo de discriminação aos portadores de determinados genes, seja para fins de emprego ou seguro.

Na Alemanha, um estudo semelhante teve resultados similares. Destarte, nesta análise, a preocupação específica com respeito à possibilidade de transmissão de doenças genéticas foi pontuada de forma separada, e foi indicada como a principal razão pela qual a população seria favorável à realização de testes genéticos. Como terceira causa mais importante foi citada a preocupação mais genérica com os benefícios que tal conhecimento trariam para qualidade de vida e saúde, seguida, ainda, da economia que o governo teria ao reduzir despesas com auxílio médico se referidos testes ocorressem. O estudo alemão identificou ainda, de outra via, como razões dos que se opõe aos testes genéticos o risco de tal conhecimento ser utilizado para fins desconhecidos por parte das pessoas testadas.

Em um recente estudo na Dinamarca foram feitos questionamentos semelhantes, notadamente no tocante a doenças genéticas psiquiátricas. Os resultados são também equivalentes aos dos estudos já mencionados, com 77,6% dos consultados concordando que todo o mundo deve ter o direito de saber de seus riscos genéticos. Ao mesmo tempo, o mesmo estudo identificou que 95,2% das pessoas entendem que todos têm o direito de não querer saber de tais riscos, enquanto que 85,5% defenderam o direito de se manter confidenciais as

informações provenientes de tais testes. Os estudos descritos acima identificam uma clara preocupação da população de países europeus com os riscos de saúde associados ao desconhecimento dos pais biológicos.

Convém destacar que em todos os casos, a maioria de consultados se manifestou favorável à realização de testes genéticos para a identificação de possíveis doenças. Nada obstante não termos conhecimento de estudos semelhantes no Brasil, o certo é que os números europeus são suficientemente sólidos para que acreditemos que o mesmo resultado seria obtido em nossa sociedade.

No Canadá, um estudo recente foi apresentado uma grande discussão e interessante sobre as implicações de saúde associadas a tecnologias de reprodução assistidas. Neste estudo canadense, um dos riscos identificados (GAMA, p.776. junho/2000) é o de que bancos de esperma possam se tornar vetores de propagação de doenças genéticas. Explica-se: a preocupação reside no fato de que um mesmo doador possa ser o pai biológico de uma grande quantidade de filhos, disseminando assim a doença genética para uma grande quantidade de descendentes.

Nos Estados Unidos houve um caso em que um doador era portador de genes para uma doença cardíaca denominada cardiomiopatia hipertrófica e acabou transmitindo a condição a uma grande quantidade de filhos, incluindo vários com risco de morte cardíaca prematura. Uma situação desta natureza tem implicações de saúde pública, e inquestionavelmente atinge a esfera do direito individual, que é garantido pela Constituição, mormente que cada um dos indivíduos portadores dos genes para uma determinada doença deve estar absolutamente amparado por leis que estabeleçam diretrizes que irão proteger seus direitos fundamentais.

Destaca-se que não são muitos os países nos quais há regulamentação quanto ao direito de conhecimento do pai biológico para fins de controles de doenças. A Suécia é um dos poucos países onde uma criança nascida a partir de inseminação por um doador tem o direito de receber informação acerca da inseminação, bem como da identidade do doador.

Voltando aos Estados Unidos, a legislação é variável entre os estados, mas na maioria dos casos há ausência de regulamentação legal definida. Destarte, existem naquele país um número crescente de jurisprudências tratando deste problema específico. Um exemplo é uma corte de apelações do Estado de Missouri que recusou o pedido de um adulto que sofria de leucemia que buscava compatibilidade para a realização de um transplante de medula óssea e, com este propósito postulava para que lhe fosse informado o pai biológico. Na hipótese à epígrafe, nada obstante a urgência da solicitação, o tribunal entendeu que a

improbabilidade de achar a compatibilidade desejada suplantava qualquer benefício conseguido com a eventual quebra do sigilo contratualmente acordado.

O fato é que nos Estados Unidos, os casos envolvendo inseminação artificial heteróloga ainda são recentes, não estando regulamentados e possuindo poucas jurisprudências; motivo pelo qual os casos envolvendo adoções são muitas vezes tratados como análogos, de forma que decisões tomadas envolvendo agências de adoções são por vezes aplicadas aos bancos de esperma. Ainda nos Estados Unidos da América, registra-se que a fecundação heteróloga masculina começou a ser consentida a partir do ano de 1990, com as seguintes características: o doador não goza do anonimato e o consenso do marido o vincula a paternidade; devendo também ser citado o trabalho de **Sylvester e Burt**, feito nos referidos Estados Unidos, que assim como no Brasil, tem regulamentação sobre o tema escassa, repita-se. Dentre os aspectos de interesse, convém destacar, de saída, que os autores afirmam que o anonimato dos doadores tem motivação primariamente econômica, com o fito de proteger os bancos de doação de ações legais, mas entendem que esta motivação jamais deve suplantiar o direito individual dos filhos do procedimento e por esse motivo propõem que todas os filhos advindo dessa modalidade de reprodução humana assistida têm o direito de conhecer a identidade do pai. Destarte, os pais doadores não teriam o direito de conhecer a identidade de seus filhos, e que os pais legais das crianças poderiam ter acesso à informação identificando o doador tão somente em casos especiais, como por exemplo se a criança possuísse uma doença genética na qual o conhecimento do pai biológico pudesse auxiliar no tratamento. Os doadores deveriam ainda explicar as razões pelas quais doaram seu esperma e teriam a possibilidade de deixar mensagens aos filhos que as buscassem no futuro.

Cabe ressaltar que na Itália a fecundação heteróloga é proibida, e que no Canadá não há diferença entre fecundação homóloga e heteróloga, admitindo que o doador possa ser qualquer pessoa. Já no Reino Unido, Inglaterra, Espanha e Áustria, a fecundação heteróloga também é admitida "*in vitro*". Na França, por sua vez, a Lei 94-654 de 29 de julho de 1994, disciplina a fecundação medicalmente assistida sendo – a heteróloga – consentida sob a condição de que não haja desconhecimento de paternidade e no caso que não haja risco de transmissão de doenças.

No Brasil, convém lembrar que as situações envolvendo os direitos fundamentais da criança e do adolescente são regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 13 de julho de 1999), em seus artigos 7º e 15º, que garantem o seu desenvolvimento e a sua dignidade como ser humano, destacando a disposição contida em seu artigo 48, verbis: “o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes

após completar 18 (dezoito) anos”.. Demais disso, a Constituição Federal garante a dignidade humana em seu artigo 1º, III e 227, caput, e o Código Civil de 2002 estabelece, em seu artigo 11, que os direitos de personalidade são irrenunciáveis e não podem sofrer limitação.

A Argentina já editou uma lei específica para tratar do assunto, in casu, a Lei 26.862 que foi sancionada em 05 de julho de 2013 que teve por objetivo garantir um acesso abrangente aos procedimentos e técnicas de assistência médica para a reprodução medicamente assistida, conforme disposição contida em seu artigo primeiro.

Demais disso, uma abordagem um tanto quanto semelhante, mas focada na realidade brasileira é apresentada por **Schiocchet e Carlos**. Os autores defendem a opinião de que: [...]o direito ao conhecimento da identidade civil dos doadores certamente poria fim à doação, já que ninguém quererá correr o risco de, anos mais tarde, ver reivindicada a filiação genética. Porém, ressaltam que uma excepcionalidade deveria ser garantida nos casos de fins terapêuticos, sobretudo em casos em que seja necessária a realização de transplantes de órgãos na pessoa gerada por reprodução heteróloga, que necessite a compatibilidade genética; defendendo ainda que o reconhecimento do direito de conhecer o pai biológico sem motivações médicas desvaloriza a questão afetiva no direito de família, posto que não deveria haver a necessidade deste conhecimento no caso de pais não biológicos.

4.6 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA ENFRENTADA PELO JUDICIÁRIO.

Observa-se claramente que o Poder Judiciário enfrenta a questão da judicialização das políticas públicas no Brasil, haja vista que cada vez mais aumenta o número de ações interpostas contra o Estado nesse sentido, colocando-se, muitas vezes, em xeque, o Princípio da Separação dos Poderes, com bem assevera **Ferreira**,

“Se por um lado é certo que a função de concretizar estes direitos herdados do Estado Social coube ao Poder Executivo, é certo também que o Poder Judiciário passou a ganhar espaço e importância como fiscalizador desta implementação de direitos, e principalmente como agente dessas políticas públicas, (...) por meio de decisões que tem obrigado o Estado a fornecer os meios necessários para a efetivação destes direitos” (2014, p. 11).

Cabe também destacar que um dos fatores que reafirmaram a judicialização, foi a doutrina da efetividade, “uma consequência da força das normas constitucionais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” (**BARROSO apud CASTRO**, 2012, p. 20). Barroso explica que

“essa doutrina vem para proteger a tutela do direito ou bem jurídico que foi violado por ação ou omissão do Estado, desta forma garantindo a ordem jurídica. Afirmando que a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente, na extensão máxima de sua efetividade. Nesse sentido de imperatividade é que surge a corrida ao judiciário para que seja cumprido o que está determinado na norma constitucional, provocando a judicialização” (BARROSO *apud* CASTRO, 2012, p. 20).

Desse modo, o Poder Judiciário começa a tomar decisões que influenciam não somente um indivíduo, mas, em inúmeras vezes, toda a sociedade. Nascem, por conseguinte, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial que, embora não sejam exclusividade do Brasil, se manifestam de forma peculiar no país em virtude da extensão e do modo como se instalaram. Como bem pontua Barroso:

“Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira (...). Mas não só este, como todo o Judiciário”.

Frente a esse panorama, a judicialização ganha cada vez mais força na sociedade, máxime que por meio das decisões judiciais o Estado vê-se obrigado a concretizar o direito do cidadão, muitas vezes postergado ou até mesmo negado por aquele, fato que poderia ser chamado de “transmutação do Estado Legislativo para o Estado Judiciário” (ALMEIDA; BITTENCOURT, 2008, p. 247). Por outra via, a judicialização acabou provocando o ativismo judicial. Nas hipóteses de demandas que envolvem a efetivação do direito à saúde, especificamente, indaga-se se os magistrados teriam ou não capacidade e conhecimento técnicos para avaliar se o tratamento ou medicamento postulado é realmente necessário ou se é o que melhor se encaixa na situação do paciente; motivo pelo qual muitos magistrados acabam por decidir de acordo com o que consta no parecer médico, principalmente por serem demandas relacionadas ao direito à saúde, que quase sempre não podem esperar. Assim, resta patente que tanto a judicialização quanto o ativismo judicial são fenômenos que serão uma constante nos tribunais brasileiros, pelo menos por um bom tempo e por isso, cremos, ser necessário esclarecer e/ou compreender as características de cada um.

Com efeito a ausência de políticas públicas eficazes acaba por não garantir ao indivíduo alguns direitos fundamentais expressos e assegurados na Carta Magna de 1988. Por força disto e de uma sociedade cada vez mais consciente e lutadora de seus direitos, remanesce ao indivíduo buscar o Poder Judiciário, acreditando que nessa esfera seus direitos básicos poderão ser confirmados e garantidos. Surgem, assim, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial.

Segundo Barroso, a judicialização ocorre quando:

“algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso nacional e o Poder Executivo.(...), a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Não é tarefa fácil, muito pelo contrário, é algo complexo que, olhado sob a perspectiva institucional, traduz-se na ocorrência da “transferência decisória dos Poderes Executivos e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático” (VIERA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 1). Sob o prisma sociológico, seria o modo como a sociedade resolveria questões, coletivas ou não; assim como poderia ser visto pelo ponto de vista lógico-argumentativo, difundindo suas normas “para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional” (VIERA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 1).

Dentre as inúmeras causas da judicialização no Brasil temos a redemocratização do país a partir da Constituição de 1988, a constitucionalização abrangente²⁰ e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade²¹. Assim, vê-se que a judicialização não ocorreu porque o magistrado assim o desejou ou o quis, mas sim por um cenário brasileiro favorável ao surgimento deste fenômeno. E com o ativismo judicial não foi muito diferente, conforme explica Barroso,

“a Judicialização e o Ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. (...)A judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou,(...)(...), o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa.(...).Já o Ativismo Judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Pode o ocorrer o ativismo judicial sob o prisma de duas modalidades: a primeira, quando ocorre por via de alguma prestação jurisdicional e a outra, não menos conhecida e menos utilizada, quando há pronunciamentos de magistrados na mídia, por exemplo.

²⁰ A partir da CF/88 inúmeras matérias que eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária foram colocadas no texto constitucional. Para saber mais: BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*

²¹ Para saber mais: BONAVIDES, 2015

Mencionado fenômeno tem um viés muito positivo, vez que o Judiciário passou a satisfazer necessidades da população que até então aguardavam uma ação dos outros Poderes federados. Destarte, ao mesmo tempo, demonstra o quão os outros dois poderes estão inertes em relação às suas funções e isso pode gerar, por certo, uma crise institucional, com riscos para a legitimidade democrática (juízes e magistrados não são eleitos pelo povo), sem contar com o risco de politização da justiça. Ademais, não se pode também perder de vista que, com o aumento da procura pelo Poder Judiciário, a justiça se sobrecarregou a tal ponto que não tem conseguido dar conta do estrondoso volume de processos que são distribuídos diuturnamente, o que acaba contribuindo para sua morosidade e, as vezes, ineficácia, nada obstante ser enxergada “como canal de representação de minorias e grupos sociais excluídos” (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Consoante maestria do jurista francês Antonie Garapon,

“A judicialização surge pelo enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo e torna o judiciário um crescente ator político, que diretamente interfere nas decisões de políticas públicas e sendo visto como ultimo refúgio para uma democracia idealizada, e na mesma medida que cresce o crédito na justiça, diminui a confiança e o interesse na política. (...) a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. justiça tornou-se em um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei” (GARAPON *apud* CASTRO, 2012, p. 26).

Convém alertar, por outra via, que o ativismo judicial em excesso poderia fazer nascer uma verdadeira ditadura de juízes, e, que os verdadeiros legitimados a criar políticas públicas estariam sendo, de certa forma, tolhidos da sua função; sem desprezar o fato que talvez, com isto, ocorreria a possibilidade de conferir poder constituinte aos magistrados, fazendo com que o próprio legislativo criasse políticas públicas de acordo com as convicções e ideias desses juízes, motivo pelo qual, em decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental 175, o Ministro Gilmar Mendes salientou que “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”²².

²² É importante lembrar que nos países que adotam a *Common Law* as decisões jurisprudenciais são como fontes de direito, no entanto, estas sempre obedecem uma Constituição. Essas decisões vinculam a todos e acabam por ter poder de lei. Tais tribunais atuam desde a formação dessas normas até a adequação das mesmas perante os novos anseios da sociedade

Destaca-se, ainda, como consequência da judicialização, o fato de que ao se beneficiar uma única pessoa com certos tipos de tratamento ou medicamento de valores altíssimos, estar-se-se-ia prejudicando o restante da sociedade diante do comprometimento do orçamento estatal, desencadeando as seguintes indagações: a saúde seria somente para os que recorrem ao Judiciário? E aqueles que não possuem meios para isso? O magistrado teria a capacidade de definir quem deve ou não viver? Esse direito individual estaria lesionando o coletivo? São questões e problemas que certamente são vivenciados quase que todos os dias pelos juízes nesse Brasil afora. Destarte, independente das questões negativas que o Ativismo Judicial possa gerar, na atual conjuntura está sendo, *qui çá*, o único caminho para aqueles que precisam da efetivação completa de um direito fundamental que está sendo negado pelo Estado, como sói acontecer com os filhos que foram gerados pela técnica de reprodução humana assistida heteróloga e necessitam do conhecimento da identidade civil do doador que não possuem outro caminho senão o do judiciário, ante a ausência de regulamentação expressa, como já fora bastante noticiado nesse trabalho.

Sem dúvida, nesse últimos tempos houve um aumento expressivo de ações judiciais no Brasil em busca da efetivação do direito à saúde, e neste contexto inserem-se as demandas em que pleiteia-se o acesso gratuito às técnicas de reprodução assistida, ao argumento maior de se tratar de um direito fundamental que só estaria sendo colocado à disposição de quem poderia custear tais tratamentos; sendo certo, contudo, que a maioria dos magistrados nega o pedido com base no Princípio da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e na não evidência que a não realização deste tipo de tratamento venha acarretar ofensa à vida ou à saúde dos requerentes.

O princípio da Reserva do Possível deve ser ligado ao Princípio da Razoabilidade, ou seja, busca-se tentar equacionar eficácia com eficiência, posto que desse modo se garante vários direitos a toda a coletividade. Barcellos (apud CUNHA, 2011, p. 11) define Reserva do Possível como

“(…) a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e, em última análise, da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos”.

As decisões judiciais que concedem o pedido de acesso gratuito às técnicas de reprodução assistida têm por sustentá-lo a ideia de que a infertilidade é problema de saúde e

que é direito do cidadão o planejamento familiar. Partindo dessa premissa, e corroborando com o quanto dito exaustivamente, ante a omissão de legislação específica, o Poder Judiciário vêm enfrentando as questões relativas à possibilidade de ser revelada à identidade civil do doador na reprodução humana heteróloga medicamente assistida, conforme, à guisa de exemplo, o acórdão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) prolatado no Agravo de Instrumento n. 70052132370, publicado em 09 de abril de 2013. cuja ementa segue abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU.

1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado.

2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.

3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade.

4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu.

DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Grifou-se).

Esse agravo de instrumento originou-se de decisão interlocutória de juiz de 1ª instância que expediu mandado de citação do doador anônimo de gametas em uma ação de pedido de registro de nascimento de bebê avindo por RHA heteróloga. A priori, num primeiro momento, poderia concluir que quando a Câmara fundamentou que quebrar o anonimato inviabiliza essa técnica de RHA heteróloga, pois reduziria drasticamente os interessados em doar, estaria impedindo o direito da identificação da origem genética. Porém, referida decisão, em verdade, traduz num precedente precioso para a possibilidade da identificação da origem genética, na hipótese de reprodução heteróloga, senão vejamos:

A hipótese em comento foi a seguinte: FERNANDA S. S. e PATRICIA P. interpuseram agravo de instrumento em face da decisão das fls. 100-103 que, nos autos da ação de reconhecimento de filiação por elas ajuizada, determinou a inclusão da menor ANTÔNIA S. P. no pólo passivo da demanda, designando a Defensora Pública para exercer o encargo de curadora especial da menina; e ainda determinou a citação do Laboratório Gerar HVM e do doador anônimo que forneceu material para a concepção da menina Antônia, por meio de procuração outorgada ao Laboratório, sustentando, entre outros argumentos, que a pessoa concebida por intermédio de técnica de reprodução heteróloga possui direito, caso desejar, de conhecer suas origens genéticas, podendo haver a quebra de sigilo referente ao doador; e que o direito de conhecimento do estado de filiação poderá ser exercido por Antônia por ocasião de sua maioridade civil, se ela assim quiser cujo agravo fora deferido, à unanimidade, por ter entendido que houve um desnecessário tumulto processual e inexistência de lide ou pretensão resistida. Em seu voto, o Relator, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, brilhantemente assim se pronunciou:

Estamos aqui tratando de um procedimento de jurisdição voluntária, onde nem sequer há lide. Nessa perspectiva é que deferi o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, porquanto promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado.

(...)

Enquanto a filiação consangüínea (onde estão incluídos os filhos havidos por reprodução artificial homóloga) tem como origem e fundamento a concepção (intencional ou fortuita), a filiação civil (onde se inclui a resultante de reprodução artificial heteróloga) resulta, como antes assinalado, da vontade, inspirada pelo afeto.

(...)

Assim, tendo em mira que na reprodução artificial homóloga há perfeita coincidência entre a verdade juridicamente estabelecida e a verdade biológica, é no

âmbito da reprodução artificial heteróloga – geradora, como se viu, de uma das formas de parentesco civil – que se põem as maiores indagações.

(...)

A terceira versa a possibilidade ou não de ser buscado o reconhecimento de paternidade por parte do filho junto ao dador do sêmen, ou, ao contrário, se este pode procurar a declaração de paternidade. **Aqui, em geral, tem sido destacada a relevância em manter incógnito o dador do material fecundante, sob pena de inviabilizar a própria utilização da técnica, por absoluta ausência de interessados na doação. Entretanto, a isso se contrapõe, em geral, o direito de personalidade do ser gerado ao conhecimento de sua ancestralidade.** Da ponderação desses critérios, diversas respostas têm sido encontradas na doutrina, predominando aquela que recomenda a manutenção do anonimato do dador, com preservação, no entanto, nos bancos de sêmen, dos seus dados genéticos.(grifou-se)

(...)

É evidente que o indivíduo que opta por doar anonimamente seus óvulos ou espermatozoides assim o faz porque não tem a mínima intenção pessoal de conceber a criança que eventualmente se gerará com seus gametas, tampouco lhe interessa saber quem é ou onde está esta criança, ou mesmo se ela existe. A doação anônima de gametas e embriões é um ato altruísta, de quem deseja ajudar pessoas inférteis, ou com impossibilidade de conceber naturalmente uma criança, a realizar o sonho de gerar um filho.

Desse modo, quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação. Sabendo que não seria anônima a doação, simplesmente passaria a não haver interessados em doar seus gametas, pois é corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada.

Certo é que este desejo do doador de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros, tampouco por atuação judicial de ofício.

(.....) (grifou-se)

Como vimos de ver, na medida em que o Relator asseverou que o desejo do doador de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA, sinalizou a possibilidade de ver reconhecida a origem genética do referido doador; não tendo sido autorizado no caso a epígrafe por tratar-se, conforme também ressaltado pelo Relator, de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros, tampouco por atuação judicial de ofício; tendo, inclusive, sido estes os maiores argumentos da agravante.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho destacou a função social da reprodução humana assistida, ressaltando que o anseio/sonho de gerar seus próprios filhos, aliado ao planejamento familiar adequado às necessidades do casal, é fator elementar que justifica o pretense direito fundamental à Reprodução Assistida, bem como tentou demonstrar que a reprodução assistida pode sim ser considerada parte integrante do direito fundamental à saúde, devendo seu pleito, para tanto, estar atrelado a um problema de saúde de cunho reprodutivo, máxime que genoma humano é todo o conjunto do material genético contido nos cromossomos de uma célula, cujo conjunto identifica as pessoas, já que estas são geneticamente distintas umas das outras. Nesse sentido, e diante do quadro fático das principais tecnologias atualmente disponíveis, busca-se, através da proteção jurídica da identidade genética da pessoa humana nascida através da reprodução humana heteróloga, medicamente assistida, justamente evitar uma leitura reducionista do ser humano.

Com efeito, no âmbito das técnicas de reprodução humana assistida, não se pode negar que a possibilidade de procriar em laboratório revolucionou todo conceito de procriação até então prevalente, concedendo ao homem o poder de criar um semelhante, até então considerado um dom divino pelos sacros e religiosos. Destarte, restou também demonstrada a necessidade urgente de impor limites legais à atuação científica no campo das técnicas de reprodução humana assistida, para evitar, por certo, abusos que vêm ocorrendo, como comprovam as notícias diuturnamente veiculadas na imprensa, como, à guisa de exemplo, a utilização de tais técnicas para escolha de sexo ou de caracteres fenotípicos do filho assim concebido ou, até mesmo, para uma odiosa eugenia, o que viola, sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante do ordenamento jurídico vigente; tendo ficado ainda patentado que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve ser estendida a todas os núcleos familiares, inclusive para aquelas famílias monoparentais e homoafetivas, até porque estabelecer bases familiares em núcleos familiares monoparentais ou homoafetivos não pode ser interpretado um mal para a criança. A sociedade mudou, a família também mudou e o ideal de felicidade, de igual sorte. Hoje, olhar deve ser voltado para o melhor interesse da criança, o que não se assegura apenas com sua inserção em famílias tradicionalmente reconhecidas, máxime que a filiação decorrente do emprego das técnicas de reprodução assistida já não mais se calca em aspectos exclusivamente biológicos, tendo o legislador se norteado pelo reconhecimento da afetividade.

Observou-se, de forma clara, que a Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, princípio jurídico, sim, que visa proteger a pessoa humana na sua própria essência, confirmando-a como fundamento e fim da sociedade e do Estado Brasileiro. Demais disso, além de informar todo o ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento para a maioria dos direitos elencados no catálogo de direitos fundamentais, conferindo, de tal sorte, unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais. Nesse cenário, guindou-se o direito à identidade genética à posição de direito fundamental implícito na ordem constitucional pátria, mormente no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais como cláusula geral. Sim, a identidade genética é um bem jurídico fundamental a ser preservado, como uma das manifestações essenciais da personalidade humana, destacando que quando a doutrina faz referência ao direito fundamental à identidade genética, busca salvaguardar a constituição genética individual, a identidade genética única e, por certo, irrepetível de cada ser humano, justamente para evitar leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos avanços e conhecimentos científicos, máxime que somente uma proteção jurídica reforçada poderá evitar visões reducionistas do ser humano.

De outra via, diante das pesquisas realizadas sobre a reprodução medicamente assistida, notadamente a fertilização heteróloga, pode-se afirmar que existe uma razoável controvérsia com respeito ao direito do filho conhecer a origem genética do doador nessa modalidade de reprodução; sendo certo ainda, que há argumentos sólidos que sustentam o caso de direito ao anonimato do doador, e outros, envolvendo questões de direito fundamental do indivíduo, que sustentam o direito do filho de reprodução assistida conhecer a identidade do seu genitor biológico. Dessarte, parece haver um consenso de que em casos de risco à integridade física, seja pela necessidade de compatibilidade genética para fins de transplante ou para um melhor conhecimento de histórico familiar de um indivíduo, o direito de anonimato do doador deve ser quebrado, posto ser suplantado por um bem maior

Observou-se, também, que o doador tem a intenção de procriar, posto que quando doa seu gameta, tem ciência que este será utilizado para a reprodução humana, mas o doador não quer, é que lhe seja imputado uma paternidade/maternidade, da qual deriva obrigações e despesas patrimoniais, motivo pelo qual é assegurado, pela própria constituição, o direito ao anonimato. Entrementes, o que se pretende com a investigação da origem genética é o conhecimento de suas raízes, suas origens, e por que não dizer o conhecimento do seu próprio

“eu”, sendo que tal conhecimento se revela um direito inerente a personalidade humana, intrínseco a dignidade da pessoa humana.

Assim, entendemos que o indivíduo gerado por fertilização heteróloga não pode ser privado do direito de conhecer sua origem genética, uma vez que o não conhecimento é mais maléfico que a violação do sigilo do doador. Isso não implica dizer que a violação se dará sem que haja qualquer restrição, máxime que não se imputará ao genitor doador os encargos que derivam da paternidade/maternidade e nem tampouco será concedido direitos que derivam do estado de filiação ao indivíduo concebido artificialmente pelo(s) gameta(s) do(s) doador(es), como alimentação, sucessão dos bens, entre outros. Com efeito é inegável que se trata de um direito de personalidade de suma importância para o desenvolvimento da pessoa. Não se pode confundir, repita-se, tal direito com o estado de filiação. O doador do material genético (sêmen ou óvulo) é tão somente o (a) genitor (a) (no sentido de que gerou) e não pai/mãe do filho assim concebido, não havendo, portanto, qualquer vínculo de filiação entre eles e, por conseguinte, não resultam quaisquer deveres e/ou responsabilidades decorrentes de uma relação familiar. Demais disso, na inseminação heteróloga também se manifesta o direito à intimidade do doador que não desejou, em nenhum momento, instituir qualquer relação de filiação e realizou a doação por fins meramente altruísticos.

Cabe salientar que este estudo não exauriu as discussões existentes nessa seara, máxime que não há no Brasil lei que regulamente a realização da reprodução assistida, ficando a matéria restrita à Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina que vem modificando a sua regulamentação a cada dois anos. Assim, diante da inércia do poder legislativo em criar uma lei que regulamente a reprodução assistida e de onde emanariam os recursos para tal implementação, remanesce aos magistrados a incumbência de interpretar se a técnica da reprodução humana assistida é ou não um direito fundamental. Assim, os reflexos jurídicos da RA, máxime nas relações de filiação e direitos da personalidade da pessoa humana, conclamam pela necessidade de edição de uma legislação específica que atenda as peculiaridades acerca do tema, devendo os magistrados interpretar o direito civil a partir da ótica constitucional..

De certo que a omissão do poder legislativo sobre o tema à epígrafe deve ser suprida através da edição de legislação especial, devido à sua grande complexidade, necessitando de um amplo debate com a participação da comunidade científica e sociedade civil; e, ainda, partindo da premissa de que não há direitos absolutos, inobstante estarem sempre protegidos, imperioso desenvolver uma adequada teoria dos limites do direito à identidade genética, máxime que não é razoável fixar barreiras intransponíveis às

pesquisas científicas e aos novos tratamentos de saúde, haja vista existirem outros direitos a preservar. Demais disso, como critérios para controlabilidade de possíveis restrições, há que observar a função de proteção da reserva legal, a proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade. Assim, descortinam-se, ao juiz e ao legislador, uma série de problemas acerca da proteção dos bens jurídico-fundamentais.

Por todo o exposto, verifica-se que não se pode fechar os olhos para a nova realidade que se destaca, cabendo salientar que a biomedicina, os avanços tecnológicos e científicos devem andar lado a lado com o direito, devendo, ainda, a ciência jurídica resguardar os direitos e garantias da pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos? In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n. 01, p. 143-144, dez./jan. 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2001, p. 239.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução. de Ernesto Gar-zón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de; BITTENCOURT, Liliana. Judicialização do Direito: do Estado Legislativo ao Estado Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, v.32, nº1, pag.247260, jan/jun.2008. Disponível em <<http://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12129>>. Acesso em: 18/05/2017.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Princípios informativos da relação de filiação: indagações à luz dos progressos da biotecnologia. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_aalejandro.html>. Acesso em: 12 maio 2017.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética. **Revista de direito constitucional e Internacional**. Ano 14, 56, Revista dos Tribunais, 2006
- BARBOSA, Ana Gabriela Soares. A problemática jurídico-civil no tocante à reprodução humana assistida heteróloga. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/Asces**, Caruaru, volume 43, número 1, 2011. Disponível em . Acesso em: 26 maio. 2017.
- BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2002.
- BARBOSA, Heloisa Helena. *Reprodução Assistida e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível<<http://ww.oab.org.br/editora;revista/users/revista.1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15/06/2016.
- _____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2013.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 696, p. 277-279, out. 1993.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo, Brasília: Polis, UnB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.p. 232.
BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**.Brasília/DF. Disponível em . Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 807849 RJ 2006/0003284-7. 2ª seção. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília/DF, 24 de março de 2010. **JusBrasil**.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 67, p. 129-223, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Procriação assistida: em busca de um paradigma**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Acesso em: 26 jul. 2016

CARLUCCI, Aída Kemelmajer. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decision del Tri-bunal Europeo de Derechos Humanos de 13.02.2003, em el caso Odievre c/ France. Disponível em: www.dialnet.unirioja.es/servilet/articulo?codigo=825118. Acesso em: 12 nov. 2017.

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. 1964 – *Os juízes diante da judicialização da saúde*: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde. Tese de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.
Disponível em:<<http://www.bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769>> Acesso em 20/06/2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM N.º 2168/2017**. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CORRAL, T. Hernan. Família y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia. Santiago: Colección Jurídica Universidad de Los Andes, 1994.

CORRAL, Manuel Porras Del. Biotecnología, bioética y derechos humanos. In: CUESTA, Antonio Ruiz de la. **Bioética e derechos humanos**: implicaciones sociales y jurídicas. Servilha: Universidade de Servilha, 2005.

CORRÊA, Marilena C. D. V. As novas tecnologias reprodutivas: uma revolução a ser assimilada. **PHYSIS**: rev. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n1/04.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil. *Anais do Circuito de Debates Acadêmicos*, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code21/chamada/pdf/area8/area8-artigos3.pdf>. Acesso em: 25/04/2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed., rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

Doadores de sêmen devem ser identificados? Identificação dos doadores de sêmen: direitos em conflito. Disponível em: < <http://www.cremesp.org.br/siteAcao=Revista&id=133>> Acesso em 09/01/2017.

DOSSETTI, M. e outros. Cinque anni di applicazione della legge sulla proceazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità. Milão: Giuffrè , 2010, p. 113.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**: história, conceito e instrumentos. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Joseph. Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

Estatuto da Criança e do Adolescente. **Planalto**, 16 jul. 1990. Disponível em: . Acesso em: 07 out. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira- Cível e Comércio**, Curitiba, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.8, n. 31, p. 51- 70, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010.

FATHALLA, M.; Sinding, S.; Rosenfield, A. Sexual and reproductive health for all: a call for action. *The Lancet*, v.368, n.9552, p.2095-2100, dez. 2006

FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 85.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família, 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito**: a proteção jurídica do embrião *in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e sua necessidade de regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2005. (Biblioteca de tese).

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 209

FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em 26/06/2017.

GAMA, Guilherme C Nogueira da. A nova filiação. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 906

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema da perspectiva do Direito Comparado. *Revista Dos Tribunais* 776. junho/2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n. 6.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

GREUEL, Priscila Caroline. Doação de Material Genético: Confronto entre o Direito ao sigilo do doador, Direito à identidade genética e eventual direito de filiação. **Revista Jurídica FURB**. Disponível em . Acesso em 28 mar. 2017.

HABERMAS, Jurgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Tradução de Mil-ton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HIETALA, M.; HAKONEN, A.; ARO, A. R.; NIEMELA, P.; PELTONEN, L.; AULA, P. Attitudes toward genetic testing among the general population and relatives of patients with a severe genetic disease: a survey from Finland. *American Journal of Human Genetics*, 1995.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret Editora, 2006. Texto integral.

KELSEN, Hans- Teoria Pura do Direito, tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, Armênio Amado, Editora Coimbra, 1984, p.380

KELSEN, Hans. Teoria Geral das Normas. Tradução de de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KRELL, Olga Gilbert. *Reprodução assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: EHRHARTD JÚNIOR, Marcos; et. al. (Coord.). **Leituras Complementares do Direito Civil – Direitos das famílias**. Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 51-71.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Família e conflito de direitos fundamentais. In: Revista Portuguesa de Direito da Família, a. 8, n. 16, Jul.-Dez. 2011.

LÔBO, Paulo Netto. **Direito Civil: Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUNA, Nara. A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, out. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132007000200005>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. Novos horizontes no direito de família. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

MELO, Albertino Daniel de. Filiação biológica: tentando diálogo direito-ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008

MORAES, Maria Celina Bodin de – Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, p.34.

OLIVEIRA, Carla Patricia Pereira. Entre a mística do sangue e a ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critério Jurídico da Paternidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. Atualizadora Maria Celina Bodin de Moraes. 21ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 1

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião**: uma leitura a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2012.

PERLINGIERI, Pietro – O Direito Civil na legalidade constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008, pp. 569-570.

PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana Cristine. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Bioética e Reprodução Assistida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **Contornos do direito fundamental à identidade genética da pessoa humana na Constituição brasileira**. 2003. 108f. Trabalho de conclusão de curso (grau de bacharelado em ciências jurídicas e sociais). Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, FP. *A família na Bíblia*. Petrópolis: Vozes, 2004.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito**: a constituição do sujeito em Michael Foucault e os sistemas de resolução de conflito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIS, Rafael Luis Vale e. O direito ao conhecimento das origens genéticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70044262517 RS. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Rio Grande do Sul/RS, 1 de dezembro de 2011. **JusBrasil**. Disponível em: . Acesso em: 7 dez 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta- aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

SCHIOCCHET, T., Carlos, P. P., 2006. **Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades**. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, n. 2, 2006. Sylvester, T. K., Burt, 2007. **The Case Against Sperm Donor Anonymity**. New Haven, CT. Yale Law School. 12 ISSN 2238-9121 27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS UFSM - Universidade Federal de Santa Maria Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>.

SCHONTHALER, Juan Cristobal Gumucio. Procreación asistida heteróloga. Efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación. In: *Revista Chilena de Derecho*. v. 21, n. 2, p. 329-343, 1994.

SOUZA, MCB; Decat de Moura, M; Grynszpan, D (orgs). *Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito*. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à Brasileira. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v.04, n.2,p.407-440. Jul./Dez.2008 Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/artivle/view/35158/33693>> Acesso em 02 de abril de 2017.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais aplicadas do CCJE*, 2009, p. 1-9. Disponível em: [http://www.google.academico/yimg.com\(DOC\)](http://www.google.academico/yimg.com(DOC)). Acesso em: 22/06/2017.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WIEACKER, Franz- História do Direito Privado Moderno, 4ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp.628-631.