



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

EMANOELLE DE OLIVEIRA RODRIGUES

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE DO DIREITO À
INTIMIDADE DO DOADOR NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

**SOUSA - PB
2011**

EMANOELLE DE OLIVEIRA RODRIGUES

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE DO DIREITO À
INTIMIDADE DO DOADOR NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

**SOUSA - PB
2011**

EMANOELLE DE OLIVEIRA RODRIGUES

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE DO DIREITO À INTIMIDADE DO
DOADOR NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

Trabalho Monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: _____

Orientador(a): Prof. Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Prof. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega

Prof. Esp. Paulo Abrantes de Oliveira

Ao meu sempre amado Tio Naldo(*in memoriam*),
em razão do amor emanado, pelos incentivos aos
estudos , e por toda atenção devotada.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por dirigir meus passos no seu caminho, não permitindo que eu sucumbisse nos empecilhos encontrados ao decorrer dessa caminhada.

Ao meu pai Paulo e à minha mãe Lenice, que me deram a vida e me ensinaram a vivê-la com dignidade. A vocês que iluminaram os caminhos obscuros com afeto e dedicação, para que trilhasse sem medo e cheia de esperança. A vocês que se doaram por inteiros e renunciaram aos seus sonhos, para que, muitas vezes, pudesse realizar os meus sonhos.

Ao meu querido irmão Matheus, pelo seu amor e simplicidade, essenciais na minha vida.

Ao meu eterno amor Tio Naldo (*in memoriam*), pelo carinho de pai devotado a mim, porque sei, aonde quer que estejas, estás feliz e orgulhoso por minha conquista.

À minha Vó Luvinha pelo grande apoio e amor dedicado durante minha vida, e por sempre acreditar nos meus esforços e na realização dos meus sonhos.

À minha Tia Leda, que com sua alegria e auto-estima, permitiu que eu não vacilasse nos obstáculos encontrados ao decorrer desses cinco anos.

À minha irmã de coração Alanne, ao qual eu compartilho todos os momentos da minha vida, meu apoio nas horas alegres e tristes.

Ao meu namorado Vanderson, pelo seu amor, compreensão e apoio em todos os momentos em que precisei.

Às amizades construídas na minha passagem em Sousa, com quem compartilhei os momentos mais importantes ao longo dessa caminhada: Emi, Emanuelle, Dadá, Eulânia, Renata e Rebeca, aos integrantes da “Turma do 21” e da “Fortaleza”, e todas as amizades aqui conquistadas, e que, aonde quer que esteja, levarei como as melhores lembranças da minha vida.

À minha orientadora Vanina, pelo auxílio com material bibliográfico e relevantes ensinamentos e conselhos sem os quais não seria possível concluir esse trabalho.

À família CCJS, pelos valiosos ensinamentos jurídicos e pessoais, determinantes no meu amadurecimento profissional e pessoal.

Ao meu amado sertão, mais especificamente a “Cidade Sorriso” pelo seu acolhimento e por ter me proporcionado crescer como ser humano e como profissional.

O direito das famílias caminha agora a passos longos, diferente do que ocorria. Vem se dando prestígio a filiação sociofativa, sociológica, e não a biológica. E é assim que deve prevalecer. Pai é quem dá amor, cria, educa.

(Paulo Luiz Netto Lobo)

RESUMO

A revolução na biomedicina ocasionada pelo célere avanço científico-médico ressaltou a necessidade de imposições éticas e jurídicas proporcionadas pelos institutos da Bioética e do Biodireito, tendo como principal limitador o princípio da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de procriar em laboratório, diante da considerável disseminação das técnicas reprodutivas, deve observar o reconhecimento de sua extensão aos núcleos familiares previstos expressamente ou não na Constituição Federal, consoante a nova concepção da família, arraigado na repersonalização do Direito de Família e do Direito ao Planejamento Familiar garantido pela Carta Magna. Nesse particular, o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida trouxe relevantes modificações no estado de filiação, reconhecendo a sua natureza socioafetiva e desprezando o biologismo como critério absoluto na sua determinação. A origem biológica migra para o campo dos direitos da personalidade com finalidades e consequências totalmente distintas do estado de filiação calcado na afetividade. Com efeito, a técnica de reprodução humana assistida heteróloga, objeto de estudo da presente trabalho, resalta com nitidez a filiação socioafetiva, devido à participação de material genético de terceiro estranho ao casal. Nesse ínterim, ao lado do avanço científico-médico, a utilização da inseminação heteróloga abrolha o conflito jurídico entre o direito à origem genética em face do direito à intimidade do doador. Na solução desse conflito, propõe-se a adoção da ponderação, como forma de assegurar a dignidade humana, fundamento de toda ordem constitucional. Ademais, outro aspecto jurídico discutido pela referida técnica é a divergência no que diz respeito à ação para tutelar o direito à identidade genética, verificando-se a premente imprescindibilidade de regulamentação jurídica. Para a construção deste trabalho será utilizado o método de abordagem abstrato-dedutivo partindo da análise dos conceitos de família e filiação consagrados atualmente na ordem jurídica interna, do estudo das técnicas de reprodução até chegar ao conflito entre os direitos fundamentais causados com a utilização da reprodução heteróloga. Serão utilizados os métodos procedimentais exegetic-jurídico e sistemático, auxiliados pela técnica bibliográfica, através das doutrinas nacionais e estrangeiras, como também periódicos que tratam da temática, visando à formação do referencial teórico necessário, através da aplicação da teoria da ponderação na solução do conflito, tendo como principal limitador e buscando garantir a máxima da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Filiação socioafetiva. Origem genética. Reprodução humana assistida heteróloga. Direitos fundamentais. Ponderação. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The revolution in the biomedicine caused by the speedy medical-scientific advance emphasize the need of ethical and legal impositions provided by bioethics and Biolaw institutes, the main limitation of the Principle of Human Dignity. The possibility of breeding at the laboratory before the considerable spread of assisted reproductive techniques should note the recognition of its extension to households expressly provided or not for the Constitution, according to the new family conception, rooted in the Family Law and the Law Family Planning repersonalization guaranteed by the Constitution. In particular, the techniques of assisted human reproduction development brought significant changes in affiliation status, recognizing the social-affective nature and disdaining the biologism like an absolute criterion in its determination. The biological origin migrates to the field of personal rights with totally different purposes and consequences of membership status grounded in affectivity. Indeed, the technique of heterologous assisted human reproduction, study object of this work, clearly emphasizes the social-affective affiliation due to the foreign genetic material participation of the strange third to the couple. Meanwhile, beside the medical-scientific advance, the use of heterologous insemination thorn the legal conflict between the right to genetic origin in the face of the donor's privacy right. In resolving this conflict, propose to adopt the balance to ensure human dignity, foundation of the whole constitutional order. Furthermore, another legal aspect discussed by this technique is the divergence with respect to the action to protect the right to genetic identity, verifying the preemete indispensability of legal regulation. For the construction of this work will be used the abstract-deductive method from the concepts of family and affiliation analysis currently embedded on the domestic legal order, from the reproductive techniques study until the conflict between the fundamental rights caused by the use of heterologous reproduction. Will be used procedural and legal exegesis and systematic methods, aided by the technical bibliographic, through the national and foreign doctrines, also periodicals dealing with the theme, aiming theoretic referencial required by the application of the ponderation theory in the solution of the conflict with the main limiter and seeking ensure the maximum of the Dignity of Human Person.

Keywords: Social-affective Affiliation. Genetic origin. Heterologous assisted human reproduction. Fundamental Rights. Ponderation. Dignity of the human person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF- Constituição Federal

IA - Inseminação Artificial

FA - Fertilização Artificial

FIV OU FIVETE - Fertilização in vitro e Transferência de Embriões

GIFT - Transferência intratubária de gametas

ICSI - Injeção intracitoplasmática de espermatozóides

ZIFT - Reprodução humana assistida com zigotos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM FACE DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO	14
2.1 A FUNÇÃO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO DIANTE DA EVOLUÇÃO MÉDICO-CIENTÍFICA	14
2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE CONSTITUCIONAL DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	20
2.3 DO APORTE CONCEITUAL E ASPECTOS MÉDICOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	23
2.3.1 Inseminação artificial (IA)	27
2.3.2 Fertilização <i>in vitro</i> e transferência de embriões (FIVETE)	29
2.3.3 Transferência intra-tubária de gametas (GIFT)	30
2.3.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI)	31
2.3.5 A reprodução humana assistida com zigotos (ZIFT)	33
2.3.6 A reprodução humana através da gestação substituta	33
3 O DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA E O ESTADO DE FILIAÇÃO: DIFERENÇAS NECESSÁRIAS	36
3.1 O DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE	36
3.2 ESTADO DE FILIAÇÃO DERIVADO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	43
3.3 AS DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA E O ESTADO DE FILIAÇÃO	55
4 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO FILHO GERADO POR TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA EM FACE DO DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR	59
4.1 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO FILHO EM FACE DO DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO	60
4.2 DOS ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS ACERCA DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA	68
4.3 DA PONDERAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO CONFLITO	70

5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78
ANEXO A - RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA nº	
1.957/2010	86

1 INTRODUÇÃO

Diante dos consideráveis avanços científicos no campo da biomedicina, várias técnicas de reprodução humana assistidas foram desenvolvidas, no intuito de proporcionar aos casais com problema de infertilidade, a concretização do projeto parental. Nesse contexto, o presente trabalho monográfico realizará uma abordagem da técnica de reprodução humana assistida heteróloga, que se caracteriza pela utilização de um material fecundante pertencente a terceiro estranho ao casal.

Na utilização dessa técnica, estabelece-se um conflito de direitos fundamentais. De um lado tem-se o doador do gameta, que se propõe anônimo, e viabiliza o projeto parental do casal, contudo sem manifestar vontade no sentido de manter vínculos afetivos e responsabilidade patrimonial com o ser gerado, sendo apenas o seu genitor. Do outro, o indivíduo concebido, que ao longo da vida, poderá exigir o direito ao conhecimento de sua identidade genética e poderá manifestar interesse em estabelecer vínculos com seu ascendente genético, apesar de possuir uma família. Diante desse contexto, tem-se o problema e a hipótese com antecedência levantados: : O exercício do direito à identidade genética deve prevalecer em face do direito à intimidade do doador?

Percebe-se que não, devido a relatividade dos direitos fundamentais. O direito que deverá prevalecer, será decidido à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, através da técnica da ponderação, aplicando o princípio que em maior grau observar o valor da pessoa humana e o melhor interesse da criança. Assim, a tutela do direito à identidade genética bem como a garantia da intimidade do doador estará envolvida de incertezas, que serão esclarecidas somente com a análise das minúcias, presentes no caso concreto.

Na confecção deste trabalho buscar-se-á verificar a conflitividade entre os direitos fundamentais da identidade genética do filho gerado por reprodução humana assistida heteróloga em face do direito à intimidade do doador do material genético.

Para tanto, o presente trabalho apresenta os seguintes objetivos específicos: demonstrar a função da Bioética e do Biodireito como limitadores do progresso científico; apresentar um panorama geral das técnicas de reprodução humana assistida na atualidade e seus avanços; analisar as repercussões trazidas pela utilização das técnicas de reprodução humana assistida no conceito de família e filiação, elencando as diferenças entre o estado de

filiação e a origem genética; e por último, solucionar o conflito entre o direito à origem genética e o direito à intimidade do doador.

Para uma melhor compreensão do tema abordado, a sistematização foi realizada em três capítulos. No primeiro capítulo analisar-se-á a evolução biotecnológica em face da Bioética e do Biodireito. Em primeiro lugar cumpre ressaltar a importância da Bioética, com sua função limitadora dos progressos científicos, trazendo à baila valores e princípios que devem ser norteadores das condutas médicas. A trindade da Bioética, formada pelos princípios da beneficência, autonomia e justiça conjuntamente com a dignidade da pessoa humana, valor supremo e fundamento do Estado Democrático de Direito, são basilares na orientação das atividades realizadas com o ser humano, inclusive as práticas nas clínicas de reprodução humana assistida. No entanto, as normas deontológicas não são suficientes no trato das questões ético jurídicas, sociais e médicas sendo imprescindível a regulamentação jurídica, ao qual a competência é atribuída ao Biodireito.

Ao transcorrer deste capítulo, serão estudados os principais aspectos médicos e conceituais da reprodução humana assistida, fornecendo-se uma visão geral das técnicas de reprodução humana assistida e seus avanços com a finalidade de identificar quando e em qual momento acontece a gestação.

No segundo capítulo, abordar-se-á as repercussões trazidas pela reprodução humana assistida heteróloga no conceito de família. O direito à origem genética tem o reconhecimento constitucional de direito fundamental da personalidade da quarta geração, diferentemente do estado de filiação, localizado no Direito de Família, e de natureza sociocultural. É relevante ressaltar que a origem biológica não define o vínculo de filiação, que é construído no cotidiano e arraigado na afetividade. Portanto, os institutos ora referidos, possuem natureza e consequências jurídicas diversas.

Com a nova concepção de família consolidada pela Constituição Federal, a sua natureza matrimonial e a função de procriação foram substituídas por um conceito amplo, baseado na construção de laços afetivos, reconhecendo-se, por exemplo, as famílias monoparentais e as uniões homoafetivas. Assim o direito de procriar pelo meio artificial, constituindo um dos âmbitos do Direito ao planejamento familiar deve ser estendido a esses núcleos familiares, garantindo a realização pessoal, sob pena de inobservância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o terceiro capítulo trata a mais polêmica das consequências jurídicas advindas das técnicas de reprodução humana assistida, qual seja, o conflito do direito à origem genética em face do direito à intimidade do doador. Os argumentos favoráveis a

aplicação de ambos os direitos serão discutidos, bem como a tendência da jurisprudência nacional e internacional em relação a prevalência de qual direito. A ausência de tutela processual para o direito ao conhecimento da origem genética e a necessidade de regulamentação será abordada, conjuntamente com a divergência do remédio processual que deve ser utilizado.

A solução dos conflitos dos direitos fundamentais é perustrada ao longo do referido capítulo, através da ponderação baseada na teoria de Robert Alexy, na qual, a decisão deverá ser baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, prevalecendo o Direito que melhor atenda ao interesse da criança, a depender das circunstâncias que envolvem o caso concreto.

Como meio de alcançar os objetivos propostos pelo presente trabalho será utilizado o método de abordagem abstrato-dedutivo partindo da análise dos conceitos de bioética e do biodireito, família e filiação consagrados atualmente na ordem jurídica interna, bem como dos conceitos gerais das técnicas de fertilização e o estudo de normas deontológicas e normas jurídicas para os questionamentos repercutidos na reprodução humana assistida heteróloga, qual seja, o conflito entre direitos fundamentais. Os métodos de procedimento utilizado foram o exegético-jurídico e o sistemático, auxiliado pela técnica de pesquisa da documentação indireta, baseada na pesquisa bibliográfica e documental de artigos, doutrinas, jurisprudências e na análise da Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, devido à ausência de regulamentação jurídica sobre o assunto, com a finalidade de aperfeiçoar a pesquisa.

Salienta-se que o presente trabalho tem o fito de estimular na comunidade acadêmica, um interesse maior em relação aos direitos fundamentais, bem como aos conflitos resultantes entre o direito à identidade do filho gerado por técnica de reprodução humana assistida heteróloga em face do direito à intimidade do doador do material genético levando em considerações os aspectos jurídicos, sociais e éticos que envolvem o tema, promovendo assim um melhor entendimento da aplicação dos direitos fundamentais, principalmente quando colidentes, sempre orientando-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

2 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM FACE DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Diante dos avanços científicos no campo da biotecnologia e da disseminação das técnicas de reprodução humana assistida, tornou-se imprescindível a imposição de limites éticos e jurídicos, possuindo como principal orientador o princípio da dignidade da pessoa humana. A Bioética surge nesse contexto, tendo como finalidade adotar valores e princípios morais e éticos para orientar as mais controvertidas questões que eclodiram na sociedade moderna, seguida de profundas alterações nos conceitos de vida, morte e procriação.

Em que pese à relevância da Bioética na orientação das condutas médicas, quando da aplicação das técnicas reprodutivas, surgem questões jurídicas, que necessitam de regulamentação, sendo competente para tal dever o Biodireito.

O presente capítulo busca compreender a reprodução humana assistida à luz da Bioética e do Biodireito, com o objetivo de adotar um sentido humanista as práticas biotecnológicas e com observância e respeito à dignidade da pessoa humana, esta parâmetro para a utilização das técnicas reprodutivas, não contemplando dessa maneira o princípio do utilitarismo social.

No transcurso do capítulo serão expostos alguns aspectos conceituais e médicos sobre as principais técnicas de reprodução humana assistida, com objetivo de demonstrar um panorama geral sobre seus avanços na contemporaneidade com a finalidade de verificar as diferenças entre as mesmas, em que momento e de que forma ocorre a fecundação, possibilitando a gestação, nos casos em que é patente a esterilidade.

2.1 A FUNÇÃO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO DIANTE DA EVOLUÇÃO MÉDICO-CIENTÍFICA

O desenvolvimento da ciência, nas últimas décadas e em especial da biotecnologia, permitiram uma grande avanço em todas as áreas humanas. Iniciando-se pelas descobertas das doenças até a possibilidade de prevê-las e tratá-las, passando pelas técnicas de reprodução humana assistida e a decodificação do genoma das plantas, dos animais e do próprio homem. A sociedade contemporânea depara-se com a utilização de técnicas médicas

antes jamais cogitadas, como a clonagem e a reconstituição de órgãos através de células-tronco.

Essa revolução médico-científica é motivo de preocupação tanto pela comunidade científica como pela sociedade, no que tange as consequências da utilização dessas inovações. Surge assim, a necessidade de impor limites éticos e legais ao conhecimento biotecnológico e à engenharia genética, restando à indagação se é possível concomitantemente não impedir os avanços científicos e não permitir afronta ao ser humano.

Conciliar o desenvolvimento biotecnológico, que traz a tona diversos benefícios e, conseqüente melhoria das condições de vida do homem, com a observância dos valores éticos e morais de uma dada sociedade, torna-se uma tarefa bastante árdua. Essa discussão ético-jurídica em torno das condutas humanas dá-se através de um processo de estudo aplicado às ciências da vida. Assim, a ética aplicada à biologia passou a se chamar Bioética.

Para compreender melhor a Bioética com seus temas conflitivos e fronteiriços, faz-se necessário analisar a diferença entre a ética e a moral. A moral e a ética costumam estar próximas. Muitas das vezes, elas são confundidas, chegando-se a serem utilizadas como sinônimos, mas há diferenças.

A moral vem do latim *mos ou mores* e tem o sentido de costumes, sendo conduta, comportamento, modo de agir. É o conjunto de regras de conduta, ou hábitos julgados válidos, podendo ser de modo absoluto, ou para um grupo de pessoas ou pessoa determinada, consoante a definição proposta por Buglione (*apud* CREMA 2008, p. 15) moralidade diz respeito “as crenças e pensamentos das pessoas”.

A Ética, segundo Vázquez (*apud* NALINI 2004, p. 26), “é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”. É uma área da filosofia, que estuda o que se considera adequado e moralmente correto. A sua função primordial é analisar o ato humano, em torno da moralidade positiva e das regras comportamentais que tendem a valorizar o bem. A sua primazia está na criação de valores e princípios que embasam as normas e não na criação destas, na tentativa de trazer soluções aos dilemas éticos (MARCELINO, 2007).

Vale salientar que esses valores são mutáveis diante do processo histórico e do lugar, sendo imprescindível estabelecer critérios para determinar o valor ético das ações humanas, através do saber prático, pois o que é ético em um determinado tempo e local não será em outro. Nesse sentido Crema (2008) nos diz que a ética serviria de norma para um determinado grupo de pessoas enquanto que a moral seria mais geral.

Diante da dificuldade de distinguir a ética da moral, vale lembrar a compreensão de Ferraz (2010, p. 23) ao afirmar que “a ética é a ciência dos fundamentos ou dos princípios da ação e a moral o conjunto de normas que regulam a ação humana”.

Em vista dessa nova realidade que atingiu a medicina, a biologia e a tecnologia, a ética desdobrou-se na Bioética, na tentativa de estudar e impor limites éticos a atuação desenfreada dos cientistas. Em seu sentido etimológico Bioética deriva das palavras gregas “*bios*” (vida) e “*ethike*” (ética). Destarte, segundo Reich (1995, p. 28) pode ser definida como “o estudo das dimensões morais das ciências da vida, como a teologia, medicina, filosofia, sendo pluridisciplinar, podendo abranger vários pontos de vista a depender da cultura e dos valores morais de um determinado povo.”

Em 1971, o termo Bioética foi utilizado pela primeira vez, pelo biólogo e oncologista Van Rensselder Potter, num sentido ecológico, definindo-se como uma ciência voltada para a sobrevivência do planeta. Esta ciência procurava na biologia melhoras na qualidade de vida do ser humano e na manutenção da harmonia universal.

Diante dos contínuos avanços científicos, a Bioética ganhou novos contornos para a área da biogenética, tendo como objetivo analisar o bem comum e o bem individual para estabelecer normas de conteúdo moral nas áreas das ciências da vida, na qual a sociedade possa se orientar nos vários dilemas éticos que se sobressaem na utilização cada vez mais frequente dessas técnicas. Nesse sentido, Diniz (2007, p. 13) lembra que:

A Bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras.

Para Diniz (2002, p. 9) o conceito atual de Bioética é um tanto modificado, uma vez que:

Deve ser interpretado como um estudo sistemático no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e dos princípios morais. A Bioética, seria assim, uma nova resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde e da vida.

De acordo com Kottow (1995, p. 53) Bioética é “o conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais”. Nesse sentido, a Bioética regulamentaria as

ciências biológicas, na tentativa de conciliar o progresso científico com o respeito ao valor da pessoa humana.

Atualmente, os profissionais na área biomédica tem se utilizado de seus preceitos morais para resolver problemas, geralmente polêmicos e outras dúvidas cruciais, trazendo soluções na vida do ser humano, sem um respaldo de qualquer instrumento legal. A Bioética vem como uma luz para esses profissionais, guiando-os e orientando-os na decisão a ser tomada.

Um alerta é feito por Diniz (2002, p. 522-523), a respeito da liberdade de atuação desses cientistas biomédicos, na reprodução assistida, quando afirma que:

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução assistida, prevalecerá o princípio de tudo aquilo que não está proibido, está permitido, deixando aos cientistas da área biomédica, grandes possibilidades de ação no campo da embriologia e da engenharia genética. A atividade jurisdicional só poderá utilizar-se dos princípios do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade da pessoa humana.

De acordo com Ferraz (2010), foram mencionados três princípios, com o objetivo de nortear as atividades científicas, os quais foram explicitados pela primeira vez no Relatório de *Belmont*, resultado do trabalho da Comissão Norte-Americana para a Proteção da Pessoa Humana na Pesquisa Biomédica e Comportamental, em 1978, baseada na vontade da sociedade e da comunidade científica. Os referidos princípios são: autonomia, beneficência e justiça.

No que se refere ao princípio da autonomia segundo Beauchamp e Childress (2002, p. 138-141) refere-se ao “governo pessoal do eu”, ausente de intromissões externas, ou seja, à liberdade de escolha do paciente em relação à qual procedimento médico pretende se submeter. O profissional deverá respeitar a vontade do paciente ou do seu representante, observando igualmente os valores morais e religiosos de cada pessoa. Nessa opção escolhida, o livre consentimento informado deverá estar presente, através do fornecimento por parte do médico de informações claras e precisas sobre o estado clínico e tratamentos possíveis do paciente, permitindo ao mesmo decidir pelo que julga adequado. Vale salientar que a essa liberdade de escolha não deverá prevalecer quando refletir negativamente na sociedade, devendo ser afastada em prol do bem comum.

O princípio da beneficência, consoante Oliveira (1997), é aquele que o médico deve em primeiro lugar buscar o bem-estar do paciente, em detrimento dos interesses da sociedade e da ciência. As pesquisas e as técnicas a serem utilizadas, devem buscar melhorar

a saúde do homem, evitando ao máximo causar-lhe qualquer dano, daí poder-se-ia citar como corolário o princípio da não-maleficiência. Pereira (2003) salienta que são duas as suas regras: maximizar os benefícios e minimizar os riscos.

O princípio da Justiça está consagrado no art. 196 da Constituição Federal, que faz referência ao acesso igualitário aos benefícios dos serviços de saúde, garantido pela norma constitucional, ao prescrever que.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, como princípio bioético, refere-se à imparcialidade na divisão dos riscos e dos benefícios pelos médicos, quando da realização de suas atividades, devendo tratar os iguais igualmente e os desiguais de maneira desigual.

Consoante Ferraz (2010, 27) “a aplicação literal dos princípios mencionados, de modo mecânico, é conflitante, contraditória e autoexcludente”, sendo necessários que sejam discutidos seus fundamentos éticos, pois apresentam, muitas das vezes, pontos convergentes. Essa contradição é visível pela simples aplicação concomitante dos mesmos, pois o princípio da beneficência, estabelece que o médico deve preservar o bem do paciente, mantendo-o vivo, mesmo contra sua vontade, enquanto que o da autonomia prima pela liberdade de escolha, cabendo ao paciente decidir na relação médico-paciente. O princípio da justiça reza pelo direito à saúde indistintamente a todos. Dessa forma, torna-se imprescindível a integração entre os princípios, para que haja a preservação de todos.

A Bioética, diante desses novos avanços na biotecnologia, procurou entender o alcance dessas novas descobertas, estudando as normas em que a tecnologia seja utilizada em prol dos indivíduos. Vale salientar que aqui se tem apenas normas de conteúdo moral, embasadas em prévios valores sociais desprovidas de qualquer tipo de coerção. O Direito, assim surge na tentativa de regular as condutas médicas, assegurando que as descobertas científicas não ultrapassem certos valores e paradigmas sociais. Nesses termos, Leite (1999, p. 149) assevera que:

O Direito – embora se manifeste de forma ampla por abranger valores sociais e éticos – é até hoje instrumento de orientação da sociedade, não podendo, apesar disso, restringir-se ao ato de normatizar e limitar. Passa o Direito a ter uma função mais indicadora de condutas justas, devendo indicar quais os procedimentos apropriados para as novidades sociais e tecnológicas hoje enfrentadas.

Porém nem sempre o Direito acompanha o desenvolvimento da sociedade, deixando assim uma lacuna, com o surgimento de novos fatos, que ficam sem normatização jurídica. É o caso que se tem no desenvolvimento tecnológico em relação à genética humana.

O Direito não pode furtar-se diante do surgimento de novas questões como: a fertilização *in vitro*, clonagem de seres, doação de embriões e utilização de partes do corpo humano, sendo imprescindível assim, o estabelecimento de normas jurídicas que tutelem valores, como a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e norteador do Estado Democrático de Direito.

O Biodireito surge assim, nesse liame entre a Bioética e o Direito, na tentativa de regular as novas descobertas biotecnológicas, sancionando e tutelando paradigmas sociais, indispensáveis para a sobrevivência da sociedade. Na compreensão de Diniz (2002, p. 8):

O Biodireito é um estudo jurídico que tem como objeto principal a vida, tendo como fontes imediatas, a biogenética e a Bioética, trazendo em suas normas que a verdade científica não poderá sobrepor-se sobre a ética e o Direito e o progresso científico não poderá acobertar crimes que afrontem a dignidade da pessoa humana, nem traçar, sem qualquer limite jurídico, os destinos da humanidade.

Com efeito, Ferraz (2010, p. 30) conclui que:

O desafio do Biodireito é tentar implementar a ética, através do respeito aos direitos humanos, sendo certo que tal tarefa é árdua, na medida em que tais direitos são universais, quando pensados de forma abstrata, sendo que, quanto mais referidos a dados reais e mais concretizados, tanto mais contingentes e relativos se tornam.

Essa nova instituição aparece assim como um novo ramo do Direito público ou para alguns, como Ferraz (2010, p. 29) “caminhando mais no sentido de um microssistema que novo ramo do direito” com o objetivo de regular as matérias concernentes a Bioética, ou seja, na área da saúde e biotecnologia, no sentido de permitir ou proibir determinadas condutas médico-científicas e discutir a necessidade de adequação de nova legislação.

O Biodireito, sendo um ramo em plena ascensão, lamentavelmente ainda não foi descoberto pelo legislador brasileiro, deixando assim, uma lacuna legal, que consequentemente não acompanha o desenvolvimento jurídico mundial no âmbito biotecnológico. O Brasil ainda discute morosamente a constitucionalidade da lei que autoriza a pesquisa com células-tronco enquanto que outros países possuem legislação avançada em

inseminação artificial, clonagem humana, direito à identidade genética, produtos transgênicos, dentro outros. (CREMA, 2008)

Diante da inaceitável omissão legislativa brasileira, várias polêmicas éticas surgem diante dos médicos, que recorrem às normas da Bioética e a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina que dispõe sobre regras éticas na aplicação das técnicas de reprodução assistida, na espera ansiosa de uma resposta legal a esses conflitos.

2.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE CONSTITUCIONAL DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O grande desafio do século XXI, é manter o respeito à dignidade da pessoa humana diante dos avanços científicos que por vezes, afrontam o ser humano, reduzindo-o num meio para se alcançar resultados biotecnológicos, antes inimagináveis.

Apesar das dificuldades para estabelecer um conceito e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário procurar soluções, para compreender sua relevância diante das técnicas de reprodução humana assistida.

Havel (*apud* ALMEIDA JÚNIOR, 2011) enfoca o princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] O conceito de dignidade humana permeia todos os direitos humanos fundamentais e os documentos relativos aos direitos humanos. Para nós, isso é tão natural que achamos que nem sequer faz sentido indagar o que realmente significa a dignidade humana, ou por que a humanidade deveria possuí-la, nem tampouco nos indagamos por que razão faz sentido que todos nós a reconheçamos uns nos outros e uns para os outros. As raízes mais profundas do que se chamam direitos humanos se encontram além e acima de nós, em algum lugar mais profundo do que o mundo dos contratos e acordos humanos. Elas têm sua origem no âmbito metafísico. Embora muitos não se dêem conta disso, os seres humanos - as únicas criaturas totalmente conscientes de seu próprio ser e da mortalidade, que enxergam aquilo que as cerca como um mundo e mantêm uma relação interna com esse mundo - derivam dignidade, além de responsabilidade, do mundo como um todo; ou seja, daquilo no qual identificam o tema central do mundo, sua espinha dorsal, sua ordem, sua direção, sua essência, sua alma - chame-o como quiser. Os cristãos formulam a questão em termos simples: o homem foi colocado no mundo à imagem de Deus.

Jean Bernard, citando Kant assinala que: “o que tem preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa a título equivalente; pelo contrário, o que é superior a

qualquer preço, o que, por conseguinte, não admite equivalente, é o que tem dignidade”. (MEIRELLES, 2000, p.160).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem inspirado os textos de Bioética por todo mundo. Ao longo da história a dignidade zelou pela união dos direitos fundamentais do homem, e atualmente essa contínua construção da valoração da vida, torna-se imprescindível diante das novidades na biotecnologia.

Nesse contexto, Reale (*apud* DINIZ, 2002, p. 17) afirma que:

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º,III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico [...].

Diante do exposto, levando em consideração a concepção de Reale, todas as normas da Bioética e do Biodireito (e de qualquer área do Direito) devem respeitar a dignidade da pessoa humana, evitando a coisificação do ser humano, pois é o fundamento do Estado Democrático de Direito. O ato de desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana seria, por exemplo, não permitir o conhecimento da ascendência genética em certas situações.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, inciso III, estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana”. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é o principal fundamento do sistema instaurado, tornando-se norma jurídica e deixando de ser apenas limites éticos e morais, para ser um guia nas posições jurídico-subjetivas que envolvem os direitos e garantais fundamentais.

Como bem explica Ferraz (2010, p. 37) “a razão da existência do Estado Brasileiro é a realização da pessoa humana e esta é sempre a destinatária final da norma”.

O Estado Brasileiro tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, e tem como objetivo a promoção de uma vida digna para todas as pessoas, não podendo praticar atos que violem o fundamento maior. Essa limitação à atuação do Estado nas relações públicas manifesta-se igualmente nas relações entre os particulares, proibindo comportamentos inter-relacionais que atentem contra tal princípio.

Vale ressaltar a lição de Sarlet (2001, p. 119-120) sobre o princípio da dignidade da pessoa humana ao considerar que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também o âmbito das relações entre os particulares. Tal constatação decorre de que há muito já se percebeu- designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.

A limitação realizada pelo referido princípio estende-se conseqüentemente a atuação dos médicos e pesquisadores, que ajam sempre com respeito ao valor fundante da Carta Magna. O ato de proteger a dignidade da pessoa humana é tutelar sua própria espécie, é ver o homem como pessoa digna de respeito, sendo esse comportamento que deve ser o adotado diante das técnicas de reprodução humana assistida.

O campo da biotecnologia, da Bioética e do Biodireito deve utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana como um instrumento de edificação. O bem da pessoa humana, a melhora da qualidade de vida e da própria existência devem ser metas a serem perseguidas pelas técnicas de reprodução humana assistida. Assim, a criança gerada artificialmente não é um meio, mas sim um fim em si mesmo, visto que é realização do sonho de seus pais.

Nesse contexto, o princípio do utilitarismo social não pode prevalecer diante do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se justifica o sacrifício de alguns para a felicidade de um grupo de pessoas. Aceitar que para o bem da maioria é necessário que se faça menos da felicidade e até mesmo da vida de alguns poucos é corroborar a fórmula de uma barbárie contra a pessoa humana. Nesse particular, ressalta Chieffi (*apud* MEIRELLES, 2000, p. 162):

O utilitarismo científico vê no homem um objeto ou um meio de alcançar determinados resultados, tal concepção distancia-se do desenho da pessoa humana e do seu bem estar colocados no centro do ordenamento jurídico, como valores absolutos, prevalentes sobre qualquer liberdade de pesquisa e insuscetíveis de qualquer instrumentalização, seja por parte do poder público, seja por parte dos sujeitos privados.

A dignidade humana, por outro lado, deve prevalecer sobre qualquer estudo tecnológico, porque o respeito à pessoa é o que se deve preponderar, além do que como destaca Ferraz (2010, p. 38) “a base de toda a bioética é a garantia constitucional da dignidade humana”.

Corroborando tal entendimento, Diniz (2002, p. 19) ressalta que “com o reconhecimento do respeito à dignidade da pessoa humana, a bioética e o biodireito, passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça”.

O respeito à dignidade da pessoa humana limita qualquer legislação que venha a surgir sobre o assunto, como também a atuação do profissional que não pode tratar o ser humano como um meio para obter resultados científicos, ou para lucrar financeiramente. Os avanços biomédicos devem, portanto, pautar seus limites no valor da pessoa humana, evitando-se a coisificação do ser humano e tutelando-se a humanização no processo de desenvolvimento científico-médico, e, por conseguinte, reafirmando o fundamento constitucional da República Federativa do Brasil.

2.3 DO APORTE CONCEITUAL E ASPECTOS MÉDICOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes do final do século XV a mulher era tida como a única responsável pela impossibilidade de o casal não gerar descendentes, pois a esterilidade masculina, não era sequer cogitada, muito menos investigada. A esposa então recorria a tratamentos terapêuticos, chás e rituais religiosos na busca da tão sonhada fertilidade.

Conforme explica Machado (2006) com a invenção do microscópio por Leenwenhoek, no final do século XV, a esterilidade passou a ser analisada cientificamente e, somente em 1677 admitiu-se a possibilidade da esterilidade masculina por ausência ou produção insuficiente de espermatozóides.

A esterilidade, tanto masculina quanto a feminina, traz como consequências diversos problemas psicológicos. A infertilidade da mulher acaba por privar a mesma de um de seus papéis e desejo mais importante, o de ser mãe (no sentido biológico). A esterilidade masculina, em que pese às conquistas femininas, traz um grande abalo psíquico, pois ainda é forte a noção da virilidade e do papel reprodutor do homem.

Vale salientar que a esterilidade não traz consequências somente para o indivíduo, mas afeta também o casal. O sentimento de incompetência, culpa, frustração, inferioridade e angústia pelo fracasso no projeto parental, levava muita das vezes a desagregação familiar. Do ponto de vista social são várias as consequências, tanto para o homem como para mulher, pois devido a impossibilidade de perpetuação dos membros da família, quando o biologismo era à única forma de concretizá-lo, a esterilidade era associada a uma derrota e mal incomensurável.

Conforme David (1984, p. 103) a esterilidade:

[...] fere como a morte, esta atinge à vida do corpo, aquela à vida através da descendência. Ela rompe a cadeia do tempo que nos vincula àqueles que nos precederam e aqueles que nos sucederão; é a ruptura da cadeia que nos transcende e nos liga à imortalidade. O homem estéril é um excluído, o tempo lhe está contado, a morte que o espera está sempre presente, a vida se abre sobre o nada. Sua rapidez, sua brutalidade, sua enormidade levam o homem, quase sempre, a negá-la, num primeiro momento.

A fecundidade não representa apenas o simples desejo de ter filhos, mas significa a possibilidade de o homem se multiplicar e se imortalizar através da procriação. A impossibilidade desta, leva ao rompimento da cadeia familiar, e da perpetuação da vida, e nega ao homem a possibilidade de viver através dos filhos.

Diante de tal situação, a reprodução humana assistida representa um meio, uma solução para aqueles que almejam o projeto parental e são impossibilitados devido à infertilidade, priorizando dessa forma, a reprodução natural e os filhos biológicos.

Há argumentos contrários a utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Ao recorrer a esses meios reprodutivos artificiais, diante da possibilidade de adoção de crianças abandonadas que são muitas no Brasil, significaria vaidade e egoísmo. Esse argumento não é legítimo para elidir a utilização de tais técnicas. Nesse contexto Leite (1995, p. 32) defende:

[...] não há egoísmo nenhum em querer ter seu próprio filho. Além disso, o ato de amor, apontado por alguns psicanalistas, quanto à adoção, ocorre igualmente – e, talvez, até em dose maior – nas inseminações artificiais, onde o casal renuncia integralmente sua privacidade no ato de procriação e aceita a participação de um terceiro estranho.

Para Diniz (2002, p. 475) “a reprodução humana assistida é um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas, feminino e masculino, dando origem a um ser humano”. Dessa forma, é um conjunto de técnicas com o objetivo de superar a esterilidade.

Vale salientar que a infertilidade não se confunde com o termo esterilidade. Este indica uma incapacidade reprodutiva permanente e irreversível enquanto que a infertilidade nos remete a um problema temporário. Apesar da diferença, na maioria das vezes, os termos são empregados indistintamente, como utilizado no presente estudo.

Fernandes (2000, p. 45) conceitua a reprodução humana assistida:

Essas técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica e envolvem a intervenção, no ato da fecundação, de pelo menos um terceiro sujeito, o médico, e às vezes, de um quarto, representado pela figura do doador de material reprodutivo humano. A doação pode ser de células reprodutivas (ou gametas), os óvulos e espermatozóides, ou mesmo de embriões já formados; pode haver também a doação temporária de útero, conhecida ainda como empréstimo de útero, aluguel de útero, mãe substituta e outros.

Nesse contexto assegura Leite (1995) que “na reprodução humana assistida os óvulos e os espermatozóides são colocado num ambiente de ampla participação e são tratados extracorporeamente, ou seja, nas clínicas de reprodução humana assistida”.

Na superação da incapacidade de procriar, várias técnicas foram desenvolvidas. De acordo com a história, a realização de experiências relativas a reprodução humana assistida não é recente, remontando há meados do século XVIII, quando Ludwig Jacob (alemão) fez tentativas de inseminação em peixes. Posteriormente, Lazzaro Spallanzani (italiano), em 1775, realizou fecundação artificial em mamíferos, conseguindo obter excelentes resultados. Em 1779, John Hunter, médico inglês, conseguiu realizar a primeira inseminação artificial em seres humanos. No que se refere a inseminação heteróloga, teve como pioneiro, o inglês Pancoast, obtendo êxito nos resultados, em 1884. Ao decorrer do século XX, foram realizadas grandes descobertas. O congelamento do sêmen foi descoberto pelo russo Elie Ivanof em 1910, na descoberta extraordinária de como conservar o sêmen fora do organismo por meio de resfriamento. Os primeiros bancos de sêmen começaram a surgir em 1940 nos EUA. (MARCELINO, 2007).

Conforme explica Almeida (2000) e Ferraz (2010) a engenharia genética, conjunto de técnicas para leitura e manipulação do DNA, teve como marco inicial, o trabalho apresentado por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, que descobriram a estrutura em Hélice do DNA, impulsionando as pesquisas genéticas e permitindo a evolução para a reprodução humana assistida na superação da esterilidade, conforme nos explica. Daí, em 25 de julho de 1978, o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo na Inglaterra, Louise Brown.

O primeiro banco de embriões congelados do mundo teve como sede, a Austrália, em 1980. Quatro anos depois, foi a vez do Brasil de contribuir com o desenvolvimento biotecnológico do mundo, com o nascimento de Ana Paula Caldeiras, em sete de outubro de 1984, resultado da utilização das técnicas de fertilização *in vitro*, (MARCELINO, 2007).

A inseminação artificial (IA) e a fertilização artificial (FA) são as técnicas mais conhecidas de reprodução medicamente assistida. Nestas, a fecundação sempre será natural, são os meios que se cheguem até ela, serão artificiais. Na IA, utiliza-se uma cânula, para

inserir o espermatozoide na cavidade uterina através da vagina, sendo que o desenvolvimento reprodutivo realiza-se naturalmente com a possibilidade ou não de gestação. Nesse ínterim, Meirelles (2000, p. 18) explica que:

A inseminação artificial é a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do espermatozoide na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.

Na fertilização artificial, a fecundação ocorre *in vitro* e não *in vivo*. Há a coleta dos gametas masculino e feminino, colocando-os em meio nutritivo que favoreça a fertilização. A fecundação dessa forma ocorre numa proveta, dando origem ao bebê de proveta. Vale salientar que as técnicas citadas não possibilitam a cura, continuando o casal com problemas de esterilidade pré-existentes. Nesse contexto, Barboza (1993, p. 36) assegura que:

A fertilização *in vitro* – FIV- é a fecundação de um óvulo em laboratório. A união dos elementos masculino e feminino de reprodução, que dão origem ao ovo, é extracorpórea. O óvulo é retirado da mulher, bem como coletado o sêmen do homem, reunindo-os num tubo de ensaio, em condições adequadas. Dentro de certo tempo, o embrião assim originado é transferido para o útero de uma mulher para seguimento da gestação.

Há outras técnicas reprodutivas disponíveis. Como bem informa Fernandes (2005) que no caso de ausência ou número insuficiente de espermatozoides, pode-se recorrer à adoção de espermatozoides. A mulher apresentando deficiência nas trompas pode-se utilizar da fecundação fora do corpo e posterior introdução do zigoto ou embrião no seu útero. Problemas nos espermatozoides, estes poderão ser recolhidos e tratados e inseridos diretamente no útero. Ausência de óvulos pode-se recorrer à adoção dos mesmos. Acrescente-se, ainda, a existência da maternidade de substituição no caso de deficiência ou ausência do útero.

Tais técnicas podem ser classificadas em homóloga e heteróloga, levando-se como critério a origem dos gametas utilizados. Quando se recorre aos gametas do casal, que desejam a criança é denominada de homóloga, caso contrário, na aplicação de espermatozoides ou óvulos de um doador, ou ambos forem de um terceiro estranho, é denominada de heteróloga. É relevante informar que na inseminação artificial, somente o espermatozoide poderá ser de terceiro, no caso seria a inseminação artificial com espermatozoide de terceiro.

doador (IAD), com a possibilidade da inseminação artificial com espermatozoides do cônjuge (IAC). Nas outras técnicas, o óvulo poderá ser de doadora.

De acordo com o problema do casal, o médico informará qual a técnica adequada para ser utilizada. Nessa esteira, explica Ferraz (2010, p. 43) que: “A procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de procriar em benefício de pessoas estéreis, as quais podem se utilizar da técnica adequada ao problema”.

A seguir serão tratadas as técnicas de reprodução assistida mais utilizadas nos dias atuais pela comunidade médico-científica.

2.3.1 Inseminação artificial (IA)

O sonho da paternidade e da maternidade para casais inférteis foi possibilitado através da evolução da ciência na área genética. A inseminação artificial apresenta-se como a primeira técnica de reprodução humana assistida que trouxe meios para a realização da procriação.

A IA refere-se à substituição da relação sexual, onde ocorreria a fecundação, é utilizada em pessoas saudáveis, consistindo na união do sêmen ao óvulo, auxiliando o processo reprodutivo, que se mostra deficiente em algumas de suas etapas.

Em 1932, essa técnica reprodutiva passou a ser mais utilizada devido a possibilidade da determinação com mais exatidão do período fértil da mulher. Consoante preconiza, Donizetti (2007, p. 93-94):

A inseminação artificial é um processo através do qual se colhe material genético do homem por meio de masturbação em laboratório, congelando-se o espermatozoide colhido em solução de azoto líquido para posterior implantação na mulher. Nessa modalidade de técnica reprodutiva, a fecundação ocorre no próprio corpo da mulher, gerando, em consequência, similaridade entre a maternidade biológica e a gestacional, uma vez que recebe o espermatozoide do doador no próprio corpo [...]

O êxito dessa técnica de reprodução humana assistida depende do cálculo exato do período fértil, pois a célula germinativa do homem é introduzida no útero da mulher, desenvolvendo-se naturalmente a gestação, com a fecundação dentro do corpo, ou seja, *in vivo*.

Verifica-se que a inseminação artificial é a técnica reprodutiva mais simples, considerando a sanidade dos gametas. O espermatozóide é recolhido através da masturbação sendo analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando os normais dos anormais. As células reprodutivas são conservadas numa solução crioprotetora composta por um glicerol misturado à frutose, antibióticos e gema de ovo, sendo distribuídos automaticamente em tubos de plásticos numerados, e são congelados em azoto líquido, em uma temperatura de 196 graus abaixo de zero. Podem ser conservados por um prazo atualmente fixado de até vinte anos. A fecundação ocorre no próprio corpo da mulher, sendo a transferência realizada através de uma cânula ou seringa, estando à mesma num período fértil e não apresentar nenhuma deficiência orgânica ou funcional.

A inseminação artificial, de acordo com a origem dos espermatozóides, pode ser classificada em homóloga e heteróloga. Na homóloga o esperma é do marido ou companheiro da mulher; enquanto que na técnica heteróloga o esperma encontra-se geralmente num banco de sêmen, pertencendo a célula a um terceiro estranho ao casal, cujo anonimato em regra se preserva, sendo realizada a fecundação com o consentimento livre e informado do casal. Nesse contexto, Canziani (2004, p. 158) explica que:

Levando em conta a origem dos gametas, a inseminação ou fecundação poderá ser homóloga ou heteróloga. Homóloga quando a fecundação se der entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança. Será heteróloga, quando o espermatozóide ou o óvulo na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada.

Tem-se ainda a possibilidade da técnica bisseminal, quando os espermatozóides do marido ou companheiro são insuficientes, sendo assim, misturado com os do doador estranho ao casal. Nesse caso os espermatozóides pertencem a duas pessoas diversas. Vale salientar que como a fecundação ocorre no próprio corpo da mulher, o seu método é o menos criticado por aqueles que são contra aos avanços científicos na área reprodutiva (FERRAZ, 2010).

Contudo, a referida técnica reprodutiva deve ser utilizada quando não houver outro método para solucionar a infertilidade, observando-se os princípios basilares da bioética, quais sejam, o da autonomia, beneficência e justiça, levando em consideração que se trata de um procedimento complexo e que envolve questões éticas, jurídicas, sociais, médicas, e gera um enorme expectativa para o casal envolvido.

2.3.2 Fertilização *in vitro* e transferência de embriões (FIVETE)

A fertilização *in vitro* é conhecida popularmente como bebê de proveta, sendo a fecundação em laboratório, compreendendo as seguintes etapas: indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação de esperma, e, por último, inseminação e cultura de embriões.

Barboza (1993, p. 73) conceitua a técnica de fertilização *in vitro* como:

A fertilização *in vitro* é a técnica mediante a qual se reúnem *in vitro* os gametas masculino e feminino, em meio artificial adequado, propiciando a fecundação e formação do ovo, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantada no útero materno.

O primeiro bebê de proveta recebeu o nome de Louise Brown, uma menina que nasceu em junho de 1978 na Inglaterra. No Brasil, pode-se citar, como exemplo, o nascimento de Anna Paula Caldera no ano de 1984, resultado do sucesso da aplicação da técnica de fertilização *in vitro*. A sua utilização na época causou um espanto na sociedade, com a idéia de criar a vida humana em laboratório, originando assim vários problemas éticos e jurídicos (MARCELINO, 2007).

A FIVETE consiste em colher óvulos maduros do ovário de uma mulher e misturá-lo, na proveta, ao esperma do marido, companheiro ou doador, para que seja realizada a fecundação. Ocorrida a fecundação o óvulo é transferido novamente para o útero da mulher, a fim de haja o seu desenvolvimento.

Os zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram até que se dividam em mais células (em um estágio de 2 a 8 células), transformando-se assim, em embriões, com a posterior transferência para o útero ou para as trompas. Essa técnica denomina-se de fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões (CREMA, 2008).

A técnica é recomendada em casos de esterilidade tubária bilateral feminina ou obstrução irreversível nas trompas, hipofertilidade masculina, oligozoospermia, falha de tratamento cirúrgico tubário, endometriose e esterilidade sem causa aparente.

Com a constatação do problema, através da análise dos óvulos e espermatozóides, sendo indicada a fertilização *in vitro*, haverá um processo de indução da ovulação na mulher.

Esta se submete a um tratamento com hormônio, aumentando o número de óvulos que serão fecundados e implantados.

Através da ecografia, percebe-se as dosagens de hormônio(estrogênio) no sangue e o crescimento dos folículos ovarianos, analisando assim o desenvolvimento da estimulação. Com os níveis de estrogênio adequados e os folículos atingindo bom tamanho, a ovulação será desencadeada, com o auxílio da injeção de gonadotrofina corionica (Hcg), competente pela maturação final do óvulo.

A punção dos óvulos, ou seja, a aspiração do conteúdo dos folículos que tenham um tamanho adequado será realizada após aproximadamente trinta e seis horas e o parceiro deverá doar o esperma ou deverá ser recolhido o sêmen congelado. Em seguida, os óvulos e espermatozóides serão colocados em contato, verificando a ocorrência da fecundação após quarenta e oito horas. Havendo êxito na fecundação, os embriões serão transferidos para o útero com o auxílio de um cateter. O teste da gravidez será realizado após quatorze dias após a punção (FERRAZ, 2010).

Consoante Ferraz (2010), o problema dos embriões excedentários surge também nessa técnica devido à questão do número de embriões a serem introduzidos. A regra é que sejam em torno de três ou quatro, quanto mais implantados, maiores as chances de gravidez. Acima desse número torna-se perigoso para a gestante devido a possibilidade de gravidez múltipla.

Tendo em vista o problema da destinação dos embriões algumas clínicas de fertilização, na tentativa de resolver o problema, realizam o congelamento dos mesmos, para que a mulher não precise se submeter a outro tratamento hormonal, caso a primeira tentativa seja frustrada.

Tais como as outras técnicas reprodutivas, os óvulos e os espermatozóides, poderão provir do casal que desejam a criança, como poderão ser recolhidos de outras fontes, como bancos de sêmen e de óvulos. Poderá ocorrer ainda a gestação substitua com a introdução das células masculinas e femininas do casal no útero de uma terceira mulher.

2.3.3 Transferência intra-tubária de gametas (GIFT)

A Transferência intratubária de gametas possui semelhança com a fertilização *in vitro* na fase da indução da ovulação e na coleta de espermatozóides. Nesse contexto, explica

Ferraz (2010, p. 47) que: “Enquanto na técnica da fertilização *in vitro* a fecundação ocorre extracorporeamente, na técnica GIFT a mesma ocorre nas trompas, portanto, no interior do corpo da mulher.”

Explica Ommati (apud FERRAZ 2010, p. 47):

A transferência intratubária de gametas consiste na captação dos óvulos da mulher, através da laparoscopia, e o esperma do homem, colocando-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparados, introduzindo-os em cada uma das Trompas de Falópio, lugar onde se produz naturalmente a fertilização. Se tudo transcorre normalmente, os espermatozóides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Este descerá dentro das trompas até o útero de forma que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher.

A GIFT, como uma alternativa das fertilizações *in vitro* oferece ao embrião condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação, além de reduzir o risco de gravidezes extrauterinas, pois a fecundação realiza-se *in vivo* e devido a isso é mais bem aceita pela igreja católica (FERNANDES, 2005).

2.3.4 Injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI)

A Injeção Intracitoplasmática Espermatozóides é uma técnica recente, relatada pela primeira vez em 1992. Segundo, o site centrodereproducaonascer.com.br “a ICSI é um tipo de fertilização assistida microcirúrgica que envolve a injeção de um único espermatozóide diretamente dentro de um oócito, com auxílio de micromanipuladores, (instrumentos sofisticados que operam micropipetas).”

A indicação da técnica reprodutiva são para casais com falha na fertilização no ciclo prévio da FIV ou FIVETE convencional; Homens com azoospermia (ausência completa de espermatozóides no ejaculado); homens que necessitam da obtenção cirúrgica de espermatozóides; agnesia dos deferentes e o casos de azoospermia não obstrutiva; homens com o baixo número, mobilidade e alta porcentagem de formas anormais de espermatozóides; níveis altos de anticorpos anti-espermatozóides no sêmen; quando os espermatozóides congelados possuem alterações tanto no número quanto na qualidade.

O procedimento inicial é idêntico ao da FIV convencional. Com a maturação dos óvulos, resultante do tratamento hormonal a qual é submetido a mulher, os espermatozóides colhidos do ejaculado ou do epididímio (PESA) ou dos testículos (TESA ou TESE), são

preparados em cultura especial, e selecionado o óvulo, os espermatozoides escolhidos serão imobilizados e aspirados por uma agulha muito fina, injetando-os diretamente no óvulo, num procedimento bastante delicado, sendo necessário a utilização de aparelhos adequados, o micromanipulador.

Cada óvulo se submeterá a esse procedimento. No caso de êxito na fecundação, espera-se por volta de 24 a 48 horas, resultando na divisão de células, e posterior transferência de embriões para o útero da mulher. No Brasil, são transferidos, no máximo quatro, e os que não forem utilizados serão congelados para futura fecundação.

A imobilização do espermatozoide imediatamente antes do procedimento de ICSI é a chave para o sucesso dessa técnica. Dessa forma, a membrana do espermatozoide se torna permeável, permitindo que o núcleo seja exposto ao ooplasma, possibilitando a fusão do espermatozoide com o oócito e a formação do pronúcleo masculino. Essa fusão ativa a extrusão do segundo corpúsculo polar e conseqüentemente, ocorre a formação do pronúcleo feminino (TAKEUCHI, 2004).

O resultado dessa técnica tem sido positivo, com o nascimento de mais 26.000 crianças, ao longo de 14 anos de sua utilização. As taxas de fertilização são de 60-70% dos óvulos injetados e as taxas de divisão cerca de 80%. As taxas gerais de nascimento vivo/embrião transferido é de 23,1% (relatório HFEA 2000) e 28,7% (relatório SART 2002). O acompanhamento das crianças resultante da ICSI é a curto prazo não possuindo muitas informações a longo prazo.

O êxito dessa técnica depende da habilidade e experiência dos médicos e embriologistas, a idade da mulher, duração da infertilidade e o número de embriões transferidos, sendo variáveis os resultados.

Há preocupações relativas à segurança da ICSI. Adicionalmente as da fertilização *in vitro*, essa técnica sobrepõe uma etapa natural de maturação e seleção dos espermatozoides, gerando risco de espermatozoides anormais sejam injetados nos óvulos e de uma fertilização anormal. Porém a ICSI não aumenta a probabilidade de gravidez múltipla em comparação com a FIV.

2.3.5 A reprodução humana assistida com zigotos (ZIFT)

A técnica da ZIFT como na GIFT, o procedimento é mais célere, pois na fertilização *in vitro* tradicional, os embriões permanecem em laboratório em torno de três a cinco dias, enquanto que na transferência intratubária de zigotos, os óvulos fertilizados- os zigotos que possui apenas uma célula e por isso não podem ser chamados de embriões- são colocados nas tubas uterinas dentro de vinte e quatro horas. A mulher igualmente como na FIVETE submete-se ao tratamento com hormônios e a realização da laparoscopia. Ommati (*apud* CREMA, 2008, 52) salienta que:

Por meio da transferência intratubária de zigotos (ZIFT, em inglês), ambos os tipos de gametas são postos em contato, *in vitro*, em condições apropriadas para a sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas.

A indicação da ZIFT coincide com a técnica da GIFT. As indicações são para casais que após um ano de tentativas não conseguiram a fecundação natural e que não obtiveram êxito aos cinco ou seis ciclos de estimulação ovariana com inseminação intrauterina. Para mulheres que possuem danos significativos nas trompas, quando o espermatozóide não pode penetrar no óvulo, problemas anatômicos no útero, não é recomendado à utilização dessa técnica (FERRAZ, 2010).

A porcentagem de êxito na utilização da técnica é baixa. Vários zigotos resultantes não são transferidos para a mulher, sendo congelados, até que o casal decida seu destino, desencadeando assim problemas éticos jurídicos (CREMA, 2008). Em contrapartida a possibilidade de gestação múltipla é menor na técnica ZIFT, pois esta permite que seja constatada a fecundação antes da introdução do zigoto, com poucas células reprodutivas transferidas para a mulher (FERRAZ, 2010).

2.3.6 A reprodução humana através da gestação substituta

A chamada vulgarmente “barriga de aluguel” ou no termo mais científico “ mães de substituição”, surgiram para solucionar o problema de mulheres que não podem gestar um

filho, devido a ausência do útero; infertilidade vinculada à patologia uterina; e contraindicação médica a uma gravidez decorrente de outras patologias, como a insuficiência renal grave.

A reprodução humana através da gestação de substituição consoante preconiza Ferraz (2010, p. 49) “não se trata de uma técnica biológica, mas, sim, da utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião durante o período da gestação, pela impossibilidade física da mulher que recorreu aos centros de reprodução de suportar o período gestacional”.

Assim, na gestação substituta uma mulher estranha ao casal que deseja a prole, cede seu útero, para gestar embriões do casal ou com a utilização de material genético de outras doadoras.

As situações cabíveis para a gestação de substituição são as seguintes: inseminação de uma mulher com sêmen e óvulos de pessoas estranhas; gestação de um óvulo fecundado *in vitro* ou inseminação de uma mulher que recebe em seu óvulo, sêmen de quem não seja seu marido ou companheiro. Há também um caso raro em que a mãe biológica, emissora do óvulo, não tem condições de gestar a criança pelo período normal de nove meses, recorrendo no início a mãe de substituição, que carregará em seu útero o embrião até o período em que a mãe biológica seja capaz de concluir a gestação, com a transferência do embrião para esta (ALMEIDA, 2000).

A mãe portadora, a que carrega o feto, mas não fornece o óvulo, não transmite a criança suas informações genéticas, pois estas se encontram nas células sexuais, sendo pai e mãe biológicos, os fornecedores do material genético. A mãe de substituição, é aquela que além de ceder seu útero, doa seu óvulo que será inseminado pelo esperma do marido solicitante, possuindo assim, o feto suas informações genéticas.

A cessão do útero não é uma realidade distante. Em setembro de 2007 ocorreu o primeiro caso no Brasil, de gêmeos nascidos de uma barriga de aluguel. O ocorrido aconteceu em Pernambuco, em que Rosinete Almeida Serrão, de 51 anos, engravidou de dois bebês, netos dela. O sonho da sua filha Claudia Michele era ser mãe, mas era impossibilitado devido ao atrofiamento de seu útero, como não tinha irmã, recorreu a sua mãe, esta deu à luz aos gêmeos (FERRAZ, 2010).

Há várias discussões éticas e jurídicas quando se fala em cessão do útero. A Bioética questiona os aspectos éticos de celebrar um contrato oneroso, possuindo como objeto o útero de uma mulher. No empréstimo gratuito, a atitude da mãe de aluguel, é compreendida com um ato de amor, compaixão e generosidade.

Nesse particular, Ferraz (2010, p.50) traz o questionamento de Alexandre Gonçalves Frazão e Alberto Silva Franco a respeito do caráter ético da cessão do útero: “não seria mais uma vez intervir na liberdade do feto que passará nove meses se nutrindo biológica e afetivamente por uma mulher que não será sua mãe? O que é diante dessas novas possibilidades ser mãe? Até que ponto um ser humano pode ser objeto de transação?”

Outra celeuma doutrinária e jurisprudencial existente é a questão da maternidade. França (2001, p.230) salienta que “ainda hoje há estudiosos que afirmam que o filho nascido pertence à mãe natural, aquela que possui seus genes. A mãe que gerou e pariu nada mais seria que uma ama de sangue. Já outra parte defende que mãe é aquela que pariu seu filho, pelo vínculo natural entre a gravidez e o parto.”

Os Tribunais Norte-americanos adotam o princípio da intenção. Portanto, pai e mãe seriam aquele que conceberam a criança em pensamento, antes mesmo da sua existência. A doutrina brasileira tende a seguir esse pensamento, como informa Diniz (2007, p. 319):

Julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher.

No Brasil, ainda não há legislação específica sobre a gestação substituta. O Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1957/2010, prescreve que a doadora do útero deve pertencer a família da doadora genética, em parentesco de até segundo grau, não devendo ter qualquer caráter lucrativo. Em casos excepcionais através da análise dos Conselhos Regionais de Medicina, permite-se a inexistência do parentesco.

Em relação à maternidade, a determinação não é uniforme, persistindo a dúvida de estabelecê-la em favor da mãe biológica encomendante ou da mulher que gera, necessitando assim da edição de normas claras pelo legislador.

Em que pese a mãe de aluguel ser parente da mãe encomendante vários problemas podem surgir como o arrependimento e a tentativa de aborto, a recusa em entregar a criança, levando a traumas psicológicos para os envolvidos com a cessão do útero.

Os aplicadores do Direito possuem uma árdua tarefa nesses casos em que o conflito envolve o direito e a moral, levando em conta que, a decisão deve ser analisada em cada caso concreto, cautelosamente, uma vez que envolve vidas humanas. O julgador nessas lides deve tratar o conflito com respeito e dignidade, sempre vislumbrando o melhor interesse da criança.

3 O DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA E O ESTADO DE FILIAÇÃO: DIFERENÇAS NECESSÁRIAS

Com a Constituição Federal de 1988, a pessoa humana surgiu como centro nas relações jurídicas, sendo a razão e o fim do Estado Democrático de Direito. Esse processo de repersonalização repercutiu de forma significativa nas relações privadas, principalmente as provenientes do Direito de Família, conseqüentemente os direitos da personalidade foram tutelados e expostos com uma maior relevância em todos os ramos jurídicos.

O presente capítulo objetiva compreender as modificações significativas no conceito de família, deixando sua função patrimonialista, para ser o local de realização pessoal dos seus membros, vinculados principalmente pelo princípio da afetividade. Este assumiu o papel de estruturador das relações familiares contemporâneas e requisito fundamental da filiação. O vínculo entre pais e filhos, não se caracteriza unicamente mais pelo biologismo, mas pelo afeto constituído durante a convivência familiar, visivelmente percebido nos casos de adoção, posse de estado de filiação e reprodução humana assistida heteróloga.

Ao decorrer do capítulo buscar-se-á entender o novo papel da origem biológica que deixa a sua função de atribuição de paternidade ou maternidade para ser um direito da personalidade, na subespécie direito à identidade, de conhecer seus ascendentes. Há, portanto, uma diferença entre o estado de filiação que sempre possuirá uma natureza cultural, decorrendo ou não da origem biológica, e o direito à identidade genética, que não produzirá vínculos de filiação entre a criança e seu ascendente genético.

3.1 O DIREITO À ORIGEM BIOLÓGICA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são os atributos inerentes ao ser humano. A honra, a imagem, os nomes, a afetividade, a sexualidade e demais fatores psicológicos, psíquicos e emocionais que visem o bem estar humano, integradores da dignidade e integridade, constituem essa categoria de direitos que foi reconhecida recentemente, por volta do século XIX, e sua inserção no ordenamento jurídico, após a segunda guerra mundial.

A compreensão inicial sobre os direitos da personalidade deu-se a partir da discussão sobre os direitos do homem e a sua divergente origem histórica. Nesse sentido, Ferraz (2010, p. 117) assevera que “a noção de direitos da personalidade surge a partir do desenvolvimento do estudo dos direitos do homem, sobre cuja definição não há consenso, em face das várias posições filosóficas sobre o tema”. Em relação à origem histórica, varia de acordo com as concepções positivas e jusnaturalistas. Quanto a estes últimos, Ferraz (2010 p. 118) afirma que “segundo os jusnaturalistas, por exemplo, os direitos humanos seriam inatos, inerentes à condição humana e, como tais, deveriam ser respeitados pelo Estado. Já para os positivistas, apenas seriam direitos humanos aqueles que o ordenamento jurídico reconhecesse como tais.”

Segundo Tosi (2011) o reconhecimento dos direitos humanos teve como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1789. Esse documento encontrava sua inspiração na Revolução Francesa e seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade, sendo reflexo desse período histórico. O núcleo da Declaração que se encontra em seus três primeiros artigos, consagra a idéia de reconhecimento dos direitos humanos independente de sua nacionalidade, trazendo à tona a universalidade e consagrando-os como o cerne primordial de um Estado Democrático de Direito.

Canotillho (1999) apregoa uma distinção nas terminologias direitos do homem e direitos fundamentais. Estes se revelam como os valores fundamentais de uma sociedade, positivados na Constituição. Enquanto que aquele seria inato a condição humana, sendo universal, intemporal e inviolável. Ressalte-se que esse é o entendimento dominante na doutrina.

O entendimento da relevância de uma positivação constitucional dos direitos do homem, veio no período pós-guerra diante das barbaridades cometidas nas batalhas, dando surgimento a Declaração dos Direitos Humanos na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Assim, as constituições do pós-guerra sedimentaram em suas normas o princípio de proteção à pessoa humana (DINIZ, 2004).

No Brasil, o inciso III do art. 1º da CF consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa. Assim, todos os direitos que emergem da dignidade e de sua proteção são compreendidos como direitos fundamentais.

De acordo o momento histórico e modelo de Estado adotado, os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões. Os direitos de primeira geração correspondem aos direitos individuais, de liberdades públicas, quais sejam os direitos civis e

políticos, oriundo de um pensamento liberal-burguês do século XVIII, onde o Estado assumia uma posição de não-intervenção na esfera privada, evitando a violação aos direitos humanos. O titular desses direito é o indivíduo, sendo oponível não somente ao Estado, mas aos indivíduos que não sejam seus titulares. Ferraz (2010, p. 120) salienta que:

Os direitos fundamentais de primeira geração reconhecidos pelo Estado Liberal tinham como objeto o dever do Estado de se abster de violar Direitos Humanos, na concepção jusnaturalista. Ou seja: na idéia da mínima intervenção estatal, tais direitos são reconhecidos como direitos individuais ou direitos de liberdades públicas, do indivíduo de agir segundo o livre arbítrio.

Quanto aos direitos de segunda geração, conhecidos como direitos de crédito do indivíduo em relação a coletividade, quais sejam direito à saúde, à educação, ao trabalho, econômicos e sociais, dentre outros, surgiram no final do século XIX e início do século XX, no período da revolução industrial e de uma patente desigualdade econômica e social, proveniente do capitalismo liberal instituído pela burguesia. O Estado assume uma posição ativa na sociedade, com o dever de garantir aos cidadãos a igualdade material, diferentemente da abstenção exigida pelas liberdades públicas. (CLEMENTINO, 2011)

A individualidade marcante nas dimensões anteriores em que o Estado assegura direitos baseado na titularidade do indivíduo desaparece para conceder surgimento a transindividualidade, orientando-se pela massificação das relações sociais. O direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos, dos consumidores são integrantes da categoria dos direitos da solidariedade, posicionados na terceira dimensão. Tais direitos são difusos e coletivos e conseqüentemente marcados pela titularidade coletiva. No entender de Melo (*apud* MORAES, 2002, p. 59):

[...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Por fim há o entendimento divergente acerca da existência dos direitos da quarta geração. Consoante Bonavides (1996) diante da globalização das relações humanas e de avanços consideráveis na área da biotecnologia, observou-se a necessidade da consagração de direitos referentes ao ser humano, independentemente de sua nacionalidade. Tais direitos seriam: os relativos à democracia, a informação, ao pluralismo, a manipulação genética,

vinculados à biotecnologia, que trazem à tona discussões éticas e jurídicas, a respeito da vida e da morte.

Fiúza e Hryniewicz (2000, p.74), que se norteiam nas lições de Norberto Bobbio salientam que: “neste fim de século estão surgindo os chamados direitos de quarta geração. Entre esses estão principalmente os que têm por finalidade normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral”.

Há quem entenda pelo não reconhecimento desses direitos de quarta geração. Branco (*apud* MENDES, 2000, p. 113) salienta que “os novos direitos giram em torno dos clássicos direito à vida, sendo que no modelo moderno, assim torna-se dispensável a criação de uma nova dimensão, podendo inseri-los através de uma adaptação as gerações já existentes”.

Para Ferraz (2010, p. 123), em relação à existência e conteúdo de tais direitos, convém lembrar que:

Em que pese as discussões sobre a existência e conteúdo dos direitos fundamentais de quarta geração, entende-se que sua consolidação é irreversível, sendo certo que, através deles, estabelecem-se os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais. Essa geração ocupa-se do redimensionamento de conceitos e limites biotecnológicos, rompendo, a cada nova incursão científica, paradigmas e, por fim, operando mudanças significativas no modo de vida de toda a Humanidade. Urge a necessidade de reconhecimento para que não fique o mundo jurídico apartado da evolução científica.

Os direitos da personalidade enquadram-se na quarta dimensão dos direitos fundamentais. A primeira, a segunda e a terceira geração referem-se a direito externos às pessoas, enquanto que na posterior tem-se a consagração de direitos inatos à pessoa humana, como o direito à identidade genética (LOBO, 2011).

É relevante ressaltar os ensinamentos que Ferraz (2010, p. 124) traz do consagrado jurista Paulo Luiz Netto Lobo:

Ensina o eminente jurista, portanto, que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. E continua afirmando que os direitos da personalidade são pluridisciplinares e, por conseguinte, são objeto de estudo do Direito Civil, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, a partir da perspectiva de análise de cada um desses ramos do Direito. Afirma que na perspectiva do direito constitucional são espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Já na perspectiva do Direito Civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.

Os direitos da personalidade são inatos, de forma que não se pode conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à imagem e àquilo que ele crê ser sua honra (RODRIGUES, 1999).

Porém o entendimento predominante são que os direitos da personalidade são valores e bens pertencentes ao indivíduo, essenciais para sua definição como pessoa. Esses atributos possibilitam a formação de uma entidade biológica e psíquica do ser humano e são imprescindíveis para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. São vistos segundo Barreto (*apud* FERRAZ, 2010 p. 125) “[...] como poderes que o indivíduo exerce sobre sua própria pessoa-*ius in se ipsum*”.

Segundo, Giampiccolo (2004, p. 25) a teoria que na contemporaneidade fundamenta os direitos da personalidade parte da compreensão que:

[...] O homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma livre existência; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações. A esse dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser conduzidas todas as instâncias específicas da personalidade.

O art. 2º do Código Civil prevê que “todo homem é capaz de direitos e obrigações”. Assim com o surgimento da pessoa, a esta é garantido todos os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, excetuando-se os direitos com conteúdo econômico, sendo concedidos os direitos da personalidade, que são atributos inatos da pessoa humana. Portanto, a idéia deste remete-se ao indivíduo ser capaz de direito e exercer a prática de determinados atos no âmbito jurídico.

O célere avanço tecnológico, principalmente na biologia traz à tona um constante risco de violação aos valores inatos do ser humano, como o direito à identidade genética, tornando assim insuficientes as teorizações a respeito de seu conceito, e surgindo com uma considerável urgência o debate sobre a proteção dos direitos da personalidade.

A tutela dos referidos direitos, no Brasil, encontra-se na Constituição de 1988. Lobo (2011) traz uma menção didática sobre a tutela dos direitos da personalidade:

[...] Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição são variados, podendo ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, caput (direito à vida; direito à liberdade); art. 5º, inc. V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável a indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, inc. IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade

intelectual, artística e científica); art. 5º, inc. X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem) art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º LXXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º LIV (a privação da liberdade dependendo do devido processo legal) ; art. 5º LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade) ; art. 5º LXXV (direito à honra, em decorrência do erro judiciário ou de excesso de prisão); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, inc. V, (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego e técnicas, métodos e substâncias); art. 227, caput (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).

Assim, como se percebe na citação acima os direitos da personalidade apresentam inúmeras facetas, mormente diante das modificações e avanços da sociedade, sendo impossível catalogar expressamente todos no ordenamento jurídico. Vale salientar que mesmo implícitos certos direitos personalíssimos não perdem sua característica de direitos fundamentais, merecendo igualmente a tutela integral.

A respeito da inserção dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico existem duas teorias: a teoria monista que defende um direito geral da personalidade e segunda é a pluralista ou atomística, que se subdivide em dois posicionamentos, sendo que um defende a tipificação das prerrogativas jurídicas, e o outro a existência de uma pluralidade de direitos indeterminados (PERLINGIERI, 1997).

Alguns defendem a tipificação dos direitos da personalidade, sendo merecedoras de tutela apenas os expressamente previstos em norma jurídica. A atipicidade dos direitos da personalidade é ressaltada pelos que entendem pela existência de direitos implícitos no ordenamento jurídico com a sua conseqüente proteção integral, independentemente de expressa previsão legal (BERNARDO, 2005).

O direito geral da personalidade traz uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, esta não se restringe aos direitos tipificados, mas a tutela de situações não previstas legalmente.

Segundo Nery júnior (2002, p. 6): “[...] Cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado a agir em decorrência da formulação geral da própria cláusula geral, que natureza de diretriz.”

Na lição de Pinto (2000, p. 68), um direito geral de personalidade teria como objeto:

A personalidade humana em todas as suas manifestações atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutelaria a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o princípio superior de constituição dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade. O direito geral de personalidade permite a tutela de novos bens, sempre tendo como referência o respeito à dignidade.

A Carta Constitucional consagra como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, sendo a razão de existência e a finalidade do Estado a ser perseguido e preservado em todas as relações jurídicas. O valor da pessoa humana possui lugar de relevância no ordenamento jurídico brasileiro, inspirando o legislador e o aplicador do Direito.

Apesar de nossa constituição, não prever expressamente um dispositivo específico que tutele a personalidade humana, numa interpretação sistêmica, percebe-se que reconhece e protege através do princípio da dignidade da pessoa humana, configurando este como afirma Szaniakski (2005, p. 137) “cláusula de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.” Esse entendimento possui fundamentação constitucional no art. 5º, § 2º que aduz a não exclusão de outros direitos e garantias, mesmo não expressos, que decorram dos princípios adotados pela Constituição.

Tendo em vista que o valor a ser tutelado é a pessoa humana, impossível prever as situações jurídicas subjetivas de forma taxativa, diante das inúmeras possibilidades de manifestações da personalidade com o envolver das mudanças sociais. A previsão dos direitos personalíssimos de forma exauriente acarretaria a exclusão da proteção de relevantes atributos inatos ao ser humano que não se encontram positivados.

Szaniakski (2005) compreende que o Brasil adotou o sistema de proteção misto, trazendo ao lado de uma proteção geral da personalidade os direitos especiais da personalidade, consubstanciados na Constituição Federal e na legislação civil.

A Constituição Federal traz catalogados vários direitos personalíssimos, grande maioria elencado pelo art. 5º, como o direito à vida, a honra, a imagem, a intimidade, a vida privada, a integridade física e psíquica, dentre outros, sem desconsiderar os implícitos. O Código Civil, por sua vez, prevê artigos específicos, sendo os art. 13 a 21.

O direito à identidade pessoal é reconhecido e tutelado como um direito da personalidade. Segundo Szaniakski (2005, p. 165-166), o direito à identidade pessoal constitui-se:

[...] a partir da aparência física, da voz, da história pessoal, da reputação, do nome, da identidade sexual, da identidade genética, do estado civil e de outros interesses jurídicos que uma vez atingidos constituirá atentado contra a identidade pessoal e a

personalidade. Atributos estes que são considerados como bens e interesses inerentes a condição humana, são, portanto considerados na categoria dos direitos personalíssimos, sem os quais não se caracterizava a pessoa humana.

A identidade pessoal surge com um dos mais elevados interesses a serem tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, Ferraz (2010, p. 132) entende que existem duas dimensões:

Uma dimensão absoluta ou individual, em que cada pessoa tem uma identidade definida por si mesma, expressão de caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano (daí o fundamento para a proibição da clonagem humana); e a dimensão relativa ou relacional, no sentido de que cada pessoa tem identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida por seus antepassados, assumindo aqui especial relevância os respectivos progenitores, podendo-se falar em um direito à historicidade pessoal.

Diante do exposto, percebe-se que o direito à origem genética enquadra-se como um direito à personalidade, na subespécie direito à identidade pessoal, na sua dimensão relativa. A possibilidade do conhecimento da origem genética traz por sua vez, o da bipolaridade genética, permitindo ao indivíduo entender suas raízes, suas aptidões, doenças, características fenotípicas, comportamento e conhecer os traços culturais básicos.

O direito à identidade genética concede ao ser humano conhecer de sua historicidade pessoal, desempenhando dessa maneira, função relevante no pleno desenvolvimento e conseqüente integração da personalidade humana, à medida que no anseio natural, que todo homem apresenta, de desvendar sua ancestralidade, permite a justificativa de várias questões íntimas do seu ser.

3.2 ESTADO DE FILIAÇÃO DERIVADO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

A família inicialmente compreendida como a célula fundamental de uma sociedade, possuía como características a tutela de interesses econômicos e uma função reprodutiva, com considerável fundamento no casamento e em severas hierarquizações de seus protagonistas, modificou profundamente seu conceito diante do processo de constitucionalização e humanização do direito privado, em especial o Direito de Família. Portanto, antes das consideráveis alterações constitucionais no conceito de família,

enxergava-se o instituto num casal heterossexual, unidos pelo matrimônio, e a descendência resultante. A relação familiar era caracterizada pelo papel e nos laços consangüíneos, em um modelo visivelmente formalista e tinha como principal função a preservação de interesses econômicos.

Nesse contexto, Oliveira (2010, p. 51) assevera que:

[...] As razões que uniam e mantinham tais famílias eram diversas; o afeto entre os membros que as integravam, era uma delas, todavia, sem o poder conferido pela liberdade de estar, sair, acolher, afastar, uma vez que o casamento era indissolúvel; a importância exagerada conferida ao patrimônio, a desigualdade entre os filhos e entre homens e mulheres, conferiam razões para o estar junto que podiam coincidir ou não, com um sentimento de inclinação emocional pelo outro. Não há nesse modelo formalizado, dificuldades em se enxergar a família, pois o sangue e, principalmente o documento, materializava a relação. Talvez existissem mais dificuldades para viver a família.

O Direito Civil, com características patrimonialistas, rígido em seus princípios da autonomia privada, liberdade e observância ao *pacto sunt servanta*, diante das modificações sociais e a Constituição Federal de 1988 que elegeu como princípio o da dignidade da pessoa humana (at. 1º, III), fundamentador do Estado Democrático de Direito, cedeu ao processo de valorização da pessoa humana, trazendo à tona a repersonalização das relações civis e como explica Lobo (2008, p. 11) a respeito desse fenômeno jurídico afirmando que “é a valorização do interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou retificação da pessoa, para ressaltar a sua dignidade. A família é o espaço, por excelência, da repersonalização do indivíduo.”

A família desconsiderou o patrimônio, para fundamentar-se na afetividade, na estabilidade dos relacionamentos públicos, onde haja um projeto de vida em comum, orientando-se pela igualdade entre os cônjuges e os filhos. (LOBO, 2011).

A afetividade inicialmente era estudada pela sociologia, educação, filosofia e a psicologia. Atualmente é objeto de considerável relevância da ciência do Direito, presentes em discussões acadêmicas ou não e assunto de palestras em congressos diante de ser a mesma, matéria-prima na constituição das relações familiares contemporâneas.

Como afirma Oliveira (2010, p. 47) “o afeto é parte da vida. Contudo, para o Direito, o afeto foi deixado de lado por muito tempo. Afinal, a grande vedete, o patrimônio, material, econômico, não tinha quase nada a haver com ele”.

O afeto é essencialmente sentimento. Mas para o Direito tem-se que enxergar o afeto no seu aspecto objetivo e não de maneira subjetiva como expressão de amor. A

afetividade será o *animus* da família contemporânea, que não apenas a integra, mas concomitante é a prova de sua existência, por isso deve-se visualizá-la na conduta, procurando as ações que a tornam perceptível. Na família, pode-se citar atos típicos da presença do afeto como o convívio, a assistência material, psicológica, proteção, comprometimento, interesse, dentre outros, condutas que fazem presumir a existência do sentimento de afetividade.

A Constituição Federal de 1988 elenca de forma não exauriente novas formas familiares além da proveniente do casamento. Tem-se assim a união estável e a família monoparental formada pelo pai ou mãe e descendentes, colocando um ponto final na família baseada no documento registrado e na identidade genética.

Como afirmado no parágrafo anterior o elenco contido no art. 226 da Carta Constitucional das novas formas de relações familiares é meramente exemplificativo diante das diversidades de contornos que podem apresentar, merecendo a tutela do Estado. Por meio de critérios objetivos, poder-se atribuir o status de família, segundo Lobo (2011) a essas “unidades de vivência dos brasileiros”, deixando visível o aspecto pluralista das novas relações de família.

A família brasileira da Carta Constitucional tem como prioridade a afetividade. O tipo de entidade familiar é irrelevante, pois o indivíduo é o centro de todos direitos, devendo a família qualquer que seja sua forma, ser o local onde o ser humano se realize, através da solidariedade, troca de afeto e cuidados. Assim com essa nova concepção, a filiação passou a ser analisada não só apenas pelo vínculo biológico, mas também pelo socioafetivo.

A respeito da filiação, Boeira (1999, p. 54) afirma que “[...] A própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos de paternidade.”

A filiação é conceituada como um vínculo de parentesco que se concretiza entre dois indivíduos, um dos quais é reconhecido como filho do outro (pai ou mãe). Portanto possui uma definição relacional. O estado de filiação, por sua vez, é a qualificação jurídica atribuída a essa relação de parentesco, sendo o titular dessa condição o filho, da mesma maneira que o pai ou a mãe são titulares do estado de paternidade ou maternidade, respectivamente. É mister ressaltar que o estado de filiação encerra um conjunto de direitos e deveres recíprocos.

Consoante lembra Mattos (2009, p.5) sobre o conceito de filiação atual:

Filiação é uma palavra que deriva do latim *filiatio*, traduzindo-se pela relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, gerando o estado de filho. Nem sempre essa filiação decorre da consangüinidade, que deriva da união sexual dos pais [...]

Importa lembrar que devido à dificuldade da comprovação do estado de filiação, a lei estabeleceu presunções, sendo verdadeiras ficções jurídicas. A presunção *pater is est*, proveniente do Direito Romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, significa que salvo prova em contrário o marido é pai da criança gerada por sua mulher, na constância do casamento. Esta presunção inclui os filhos nascidos nos primeiros seis meses do casamento, como os que nasceram nos dez meses posteriores ao falecimento do marido, de acordo os incisos I e II do art. 1.597 do Diploma Civil. Quanto à maternidade, vigora o adágio romano *mater semper certa est*, ou seja, a maternidade será sempre certa, vinculada à idéia da gestação e do nascimento, portanto, mãe é a que gera a criança.

Com o estabelecimento do estado de filiação geral pela Constituição Federal, Lobo (2010, p. 62) assevera que:

A mudança do direito de família, da legitimidade para o plano da afetividade, redireciona a função tradicional da presunção *pater is est*. Destarte, sua função deixa de ser a de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, para a de presumir a paternidade em razão do estado de filiação, independentemente de sua origem ou de sua concepção. A presunção da concepção relaciona-se ao nascimento, devendo este prevalecer.

Dessa forma, a afetividade revoluciona a estrutura do Direito de Família, ao estabelecer que a presunção *pater is est*, não está mais calcado nos laços de sangue consolidado no matrimônio, mas no âmbito das relações baseadas no afeto.

Há uma orientação mundial no sentido da presunção ser estabelecida em razão do nascimento e não da concepção, tem-se como exemplo a Alemanha (1997) segundo a qual, nas palavras de Schulüter (2002, p. 343) “[...] o homem casado com a mãe na época do nascimento é o pai mesmo que a criança tenha nascido durante a união conjugal, mas sido gerada antes do casamento [...]”

Percebe-se que a presunção *pater is est*, foi modificada, atendendo ao ditame de que pai é o marido da mãe, mas não só aquele ligado pelo vínculo biológico e decorrente do enlace matrimonial, mas aquele que possui atitudes baseado no afeto, advindo da vontade externada de ser titular do estado de paternidade em relação a determinado indivíduo.

Há uma divergência doutrinária na aplicação da presunção da paternidade para as outras formas de relações familiares que não sejam as matrimônias. O art. 1.597 do Código

Civil em sentido literal refere-se somente ao casal unido pelo casamento, mas percebe-se que diante da interpretação conforme a constituição, a referida presunção de paternidade é estendida para as outras formas familiares, em destaque, a união estável.

A posição de não admitir a inserção da união estável no sistema que regula as presunções do estado de filiação seria uma inobservância ao caput do art. 227 da Constituição Federal, que nos revela a obrigação do Estado e da sociedade pela tutela das relações familiares, incluindo assim, as novas concepções.

Consoante elucida Ferraz (2010, p. 101) “efetivamente admitir que a presunção não se aplique às uniões estáveis importaria em discriminar os filhos de pessoas casadas e de pessoas que vivem em união estável, o que não se coaduna com a Constituição Federal”.

Convém lembrar que a filiação decorrente do vínculo biológico, sempre predominou em relação à filiação determinada pelo vínculo socioafetivo no direito tradicional brasileiro. Porém para ser filho legítimo não bastava apenas a identidade genética com seus pais, mas também devia estar presente o matrimônio na sua concepção. O critério biológico na determinação da filiação dominou por muito tempo o legislador e aplicador do Direito, trazendo como consequência a injusta desigualdade entre filhos legítimos e os ilegítimos, que seriam estes os concebidos fora do casamento ou aqueles que não tinham o vínculo genético com seus pais.

A Constituição Federal, ao reconhecer e tutelar novas formas familiares, e consagrar novos princípios constitucionais da família, dentre este, o da igualdade de direitos e deveres entre os filhos, não levando mais em conta sua origem, revogou de forma clara e precisa o instituto da legitimidade, que não possui mais sentido no atual Direito de Família.

Dessa forma, a origem genética não mais tem relevância na determinação nas relações familiares, perdendo seu papel legitimador da filiação, cedendo espaço para os vínculos baseados no afeto e vontade de querer ser filho ou pai. Segundo Welter (2004, p. 285) “os pais são aqueles que amam e dedicam a sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe afeto, atenção, conforto, enfim, um porto seguro, cujo vínculo nem a lei e nem o sangue garantem”. O constituinte reconheceu finalmente a verdadeira natureza do estado de filiação que é a socioafetiva, consubstanciada na convivência familiar, ainda haja a identidade genética dos pais, como é geralmente. Portanto, a origem genética migrou para os direitos da personalidade e o direito a filiação encontra-se no Direito de Família, ambas com natureza e objetivos diferentes.

Sobre o estado de filiação, Lobo (2010, p. 53) esclarece que:

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

A posse de estado de filiação exterioriza-se na convivência familiar contínua. Veloso (1997) entende que “é a manifestação mais expressiva do parentesco desvinculado da origem genética e preponderantemente calcado na afetividade.” É quando alguém assume o papel de filho em face de outros que ocupam o lugar de mãe ou pai, possuindo ou não identidade genética entre os mesmos. A posse de estado dá-se em qualquer forma de relação familiar, tendo em vista a pluralidade contemporânea da família. Vale salientar que, no Código Civil de 1916, só era válida no casamento, e sua função era servir de prova e suprimento do registro civil, portanto estava voltada unicamente para legitimar a filiação.

Nesse sentido, Lobo (2010, p. 56) explica que: “Na experiência brasileira, configuram posse de estado de filiação a adoção de fato, que muitas vezes se converte a guarda, os filhos de criação e a chamada “adoção à brasileira”.

O estado de filiação biológico ou não biológico está consubstanciado no art. 227 da Constituição Federal e os arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Diploma Civil. De acordo com as referidas normas legais a filiação biológica seria a estabelecida pelos pais, estes unidos pelo matrimônio ou união estável, com a referida identidade genética com a prole. Outro caso seria na família monoparental, onde haveria o vínculo biológico perante o único pai ou mãe (LOBO, 2010). Sobre o estado de filiação biológico e não biológico Gasparotto e Ribeiro (2008, p. 361) explicam que:

A filiação pode ser tanto biológica, como não biológica, sendo através de exames laboratoriais que se irá comprovar o liame biológico das pessoas envolvidas. A filiação biológica é decorrente da consangüinidade, em que os filhos possuem a mesma carga genética dos pais, podendo ser concebidos por meios naturais, ou seja, pelo ato sexual ou por meios artificiais, através da inseminação homóloga, proveniente do sêmen do marido e do óvulo da esposa.

Nos casos do estado de filiação não biológico, onde deriva exclusivamente da socioafetividade, temos como exemplo o caso da adoção diante de ambos os pais, ou quando a mãe ou o pai adotam nos exemplos da monoparentalidade, com observância ao princípio da paternidade responsável consagrado pela Constituição.

O Código Civil de 2002 elenca como caso de filiação não biológico, a derivada da inseminação heteróloga, no seu inciso V do art. 1.597. O legislador civil atualizou-se diante

dos avanços científicos na biomedicina, prestigiando mais do que nunca a filiação socioafetiva, afirmando que a verdade biológica não prevalecerá em face da convivência familiar contínua das relações familiares.

Verifica-se assim, o fortalecimento da natureza socioafetiva da filiação e da paternidade. Levando em consideração os vínculos de afetividade, Chaves e Rosenvald (2008, p. 517) conceituam a filiação socioafetiva como sendo:

[...] A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio-afetiva é aquela que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de genes.

O Tribunal de Justiça do Paraná, seguindo a tendência da socioafetividade nas relações de filiação assim tem se posicionado:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada "adoção à brasileira" (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular "adoção à brasileira", não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR. Apelação Cível nº 108.417-9. 2ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Accácio Cambi. Julgado em: 21/09/2011).

O art. 1593 do Código Civil reafirmou a existência de outras formas de relações de parentesco que não sejam as derivadas da adoção. Portanto o parentesco civil decorre tanto da inseminação artificial heteróloga quanto da posse de estado de filho, consagrando dessa maneira, a presença da socioafetividade no Direito de Família.

Vale salientar que a predominância da socioafetividade nas relações de filiação, não exclui o critério biológico. Há uma convivência harmônica no ordenamento jurídico de

ambas, a utilização de qualquer delas ficará na dependência do caso concreto, sendo aplicado o critério que observe o melhor interesse da criança em detrimento dos pais.

É mister ressaltar que a filiação socioafetiva não pode beneficiar e mascarar atos ilícitos, concedendo uma relevância sem limites a relação baseada na afetividade. Como exemplo tem-se o caso do menino Pedrinho que comoveu o país em 2002, o qual foi levado nos primeiros dias de vida e a mãe biológica veio somente descobrir seu paradeiro dezessete anos depois, através de uma denúncia. Nesse esteio, Lobo (2010), tratando do caso, explica que:

[...] apesar da ilegalidade representada pelo seqüestro, não haverá o reconhecimento automático da filiação biológica, devendo o aplicador do Direito, a depender do caso concreto, examinar onde se encontra o melhor interesse da criança, que poderá não ser necessariamente com pais de sangue, mesmo levando em consideração a repugnante origem da filiação.

No confronto entre a filiação biológica e a não biológica deverá prevalecer, o princípio do melhor interesse da criança conforme a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 227) da ONU que passou a pertencer ao Direito Brasileiro em 1990. Antes quando ocorria esse conflito, o interesse que predominava era o biológico, visualizando assim os filhos como mero objeto dos interesses dos pais. O princípio ora em tela, norteará as decisões do aplicador no sentido de priorizar o interesse dos filhos, tornando-os sujeitos de direito e decidindo se é entre os pais biológico ou não-biológicos que estará a realização pessoal da criança.

O princípio do melhor interesse da criança é compreendido, segundo Fachin (1996, p. 125) como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei, tutelando-se os filhos como seres prioritários”, posto que para Pereira (2000, p.36) “o desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeito de Direito, deixando de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.”

Porém há dúvidas no que tange a paternidade na filiação derivada da inseminação heteróloga. Este tipo de reprodução humana assistida se dá quando um casal utiliza um material genético de terceiro estranho (geralmente proveniente do homem) para viabilizar seu projeto parental. Então nesse caso a criança teria dois pais?

O Diploma Civil consagra no art. 1597, inc. V, a presunção de paternidade para o marido que autoriza previamente a fertilização na mulher. Assim, a socioafetividade realiza-se de uma maneira concreta e explícita, pois o doador apenas contribui com seu material

genético, não possuindo qualquer vínculo jurídico decorrentes da paternidade e nem o direito de contestar a paternidade do verdadeiro pai para fins legais e afetivos.

Assim retrata Ferraz (2010, p. 106) ao afirmar que:

A presunção de paternidade nesses casos é absoluta, em face do sigilo do doador, que poderia importar em negação ao filho do direito de filiação. Ocorrendo assim o consentimento expresso o marido ou companheiro não poderá mais impugnar ou contestar a paternidade.

Posto que, consoante explana Diniz (2004, p. 205):

[...] a impugnação da paternidade conduzirá um filho a uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher. Ao se impugnar a fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão do art. 1597, inc. V, que procurou fazer com que o princípio de segurança nas relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não biológico.

Nesse sentido, tem-se o Enunciado nº 258 da III Jornada de Direito Civil, que nos diz : “Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.6014 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

Há um entendimento de nível mundial em relação a impossibilidade da contestação ou impugnação da paternidade pelo marido da mãe que consentiu na fecundação heteróloga. Lobo traz (2010) como exemplo os Estado Unidos nos Estatutos Uniformes (*Uniform Parantage Act*, de 1973 e 1987, o *Uniform Status of Children of Assisted Act*, de 1988/1997), os art. 311-20 do Código Francês e a Corte de Cassação italiana.

Na filiação heteróloga tem-se, portanto, o estabelecimento de uma presunção de paternidade socioafetiva diante do indivíduo que não contribui com seu material genético para a realização do procedimento de forma consensual. Nesse particular, Madaleno (2008, p.393) assegura que “[...] a presunção de paternidade nos casos da inseminação heteróloga incide apenas na constância do casamento ou da união estável, não se admitindo, portanto, nos casos de separação de fato, respeitados os prazos previstos nos incs, I e II do art. 1597 do Código Civil.”

Em relação à forma do consentimento, o Código Civil não estabeleceu como deve ser a sua exteriorização, dispondo apenas sobre sua antecedência em relação a realização do

procedimento, portanto deve ser prévia. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010 dispõe que a mesma deve ser expressa e escrita. A doutrina majoritária adota o entendimento da Resolução em face de uma maior segurança no estabelecimento das relações de filiação, porém existem entendimentos no sentido de sua manifestação na forma implícita, este consubstanciado no Enunciado 104 da primeira Jornada de Direito Civil.

Outra divergência que surge é em relação a sua possibilidade de revogação. Diante da compreensão que ninguém é obrigado ser pai, é possível a retratação do consentimento, desde que seja antes da realização da fecundação. Após a realização da reprodução heteróloga não há como desistir, pois assim a criança deparar-se-á com uma impossibilidade ao estado de filiação.

Quanto ao momento da revogação, deve-se levar como critério a tutela do embrião ou para alguns esta não existe, podendo acontecer à revogação com a célula embrionária formada. Segundo Rodrigues (2001, p.135) “mesmo já efetuada a fertilização in vitro e formados os embriões, mas antes da implantação no útero da beneficiária é possível a revogação do consentimento, ou seja, somente até o ato que gera a gravidez”.

Apesar da presunção socioafetiva absoluta estabelecida para a reprodução humana assistida heteróloga realizada de forma consensual na constância do casamento ou união estável, podem surgir conflitos de paternidade. Um exemplo seria a mulher submeter-se a fecundação sem a prévia autorização do marido. Como seria nesse caso, qualificada a atitude da mulher? O marido ou companheiro poderá contestar a paternidade?

Há divergências. Uma parte minoritária da doutrina entende a caracterização de um adultério. Porém para a configuração deste é imprescindível à relação sexual, no entanto, na inseminação artificial heteróloga tem-se apenas o contato dos gametas masculino e feminino, em laboratório, não ocorrendo a conjunção carnal. A doutrina majoritária remonta a uma injúria grave por parte da esposa ou companheira, representando assim, sua atitude, um ato atentatório a dignidade, respeito e honra do cônjuge. Corroborando com essa posição, Leite (1995, p. 336-337), ressalta que:

[...] A mulher casada recebe o esperma de um doador anônimo que substitui o marido estéril. Mas substitui com a anuência do marido que, certamente, também é participe ativo desta proposta parental, razão pela qual não há que se falar em adultério, nem tampouco adultério branco ou infidelidade científica. Se praticada contra a vontade ou na ignorância do marido, poder-se-ia qualificar o ato como injurioso, como também é injurioso à mulher procedimento do marido que lhe provoque a gravidez por este processo, contra a vontade dela, ou lhe ocultando este propósito.[...]

Vale salientar que há a possibilidade da separação judicial na reprodução humana assistida heteróloga não consensual, pois o Código Civil assim orienta, quando há consideráveis infrações das obrigações oriundas do casamento, apesar de que a culpa na separação judicial vem sendo atenuada. Conforme afirma Azevêdo (2010, p. 353):

[...] Não há como se olvidar que ocorre uma quebra do dever de lealdade, da confiança entre os cônjuges. Visto sob este prisma, tal ato ensejaria a possibilidade de separação-sanção, com a imputação das inócuas reprimendas dos arts. 1578 e 1694, 2º. Ocorre que o papel da culpa na separação judicial tem sido atenuado, por se entender que a imputação da responsabilidade a um dos cônjuges pela impossibilidade da vida em comum, bem como a imposição de sanções, não se coadunam com o novo panorama civil- constitucional.

Em relação à possibilidade da impugnação da paternidade, deve-se observar que não ocorrendo o consentimento expresso por parte do marido, fica afastada a presunção absoluta. A presunção relativa decorrente do art. 1597, V do Código Civil poderá ser afastada por meio de uma ação negatória de paternidade.

O Enunciado 104 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal com aprovação na primeira Jornada de Direito Civil, no ano 2002, assegura que:

Enunciado nº 104 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

É mister ressaltar o momento da interposição da ação contestatória que deverá ser antes do estabelecimento da filiação socioafetiva. Assim, consoante Welter (*apud* FERRAZ, 2010, p 110) “[...] pode haver a impugnação pelo marido ou convivente levado a erro, ao registrar o filho, desde que ainda não tenha se estabelecido o estado de filho afetivo, ou chamada posse de estado de filiação”. Então, nesse caso, mesmo diante da ação injuriosa da mulher, deverá prevalecer o estado de filiação constituído pelo afeto, entre o marido desavisado da aplicação da técnica e o filho.

No caso do não estabelecimento da filiação socioafetiva poderia imaginar-se que a criança resultante da reprodução humana não consensual, recorreria ao doador, estranho ao casal, do material genético. Este caminho não seria possível pelo fato de o terceiro estranho, ao fornecer seu sêmen, inclina-se no sentido do não reconhecimento social como pai, mas

apenas desempenha a função de viabilizar um projeto parental. Realizando-se a contestação da paternidade, esta sendo procedente, o filho submeter-se-á a uma situação delicada, pois lhe seria negado a possibilidade do estado de filiação.

Além do exemplo acima citado, a privação da convivência familiar dupla poderá ocorrer quando mulheres solteiras submeter-se a essa técnica heteróloga, formando a família monoparental, no caso a mãe e a criança resultante da reprodução. No seu registro deve contar apenas o nome da mãe, pois o doador não possuirá qualquer responsabilidade paterna, como se afirma em linhas anteriores.

Em face do reconhecimento atualmente pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 4277 e na ADPF 122 da união estável entre casais do mesmo sexo, sendo assim uma entidade familiar, conseqüentemente os casais homossexuais podem beneficiar-se das técnicas de reprodução humana assistida, viabilizando assim o projeto parental. Nesse caso, não se pode negar, por exemplo, a duas mulheres o acesso ao estado de maternidade, visto que, estar-se-ia inobservando o princípio da dignidade da pessoa humana e as novas concepções constitucionais de família. Assim, a criança advinda terá duas mães ou dois pais, sendo o que não participou com seu material genético, ligado pelo vínculo socioafetivo ao ser gerado. Nesse contexto, Ferraz (2010, p. 109) aduz que:

[...] não se pode olvidar a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida por um par homossexual, consoante já abordado. Em que pese não haver presunção de paternidade, como bem ressalta Maria Berenice Dias, impedir que o parceiro do pai biológico tenha um vínculo com o filho gestado por mútuo consenso é olvidar tudo o que vem a Justiça construindo com relação aos vínculos familiares a partir de uma visão ampliativa que melhor atende à realidade social.

Por fim, o que se vislumbra na reprodução humana assistida heteróloga, é que a filiação construída na continuidade da convivência familiar, baseada no amor e solidariedades recíprocos é mais forte e relevante do que o elo biológico. Ao contrário, tem-se a lamentável postura da jurisprudência brasileira, que diante da certeza praticamente absoluta do exame de DNA, fundamenta esse resultado médico em decisões nas ações de investigação e negatória de paternidade.

A regulamentação do Código Civil torna-se inadequada e insuficiente diante das complexas conseqüências que podem advir da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, exigindo do aplicador do direito ao interpretar o Direito de Família, de acordo com as novas concepções de família e filiação, uma compreensão socioafetiva da natureza das relações familiares.

3.3 AS DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA E O ESTADO DE FILIAÇÃO

Com as grandes modificações trazidas pela Constituição Federal no conceito de família, repercutindo conseqüentemente no Diploma civil, a filiação não decorre mais necessariamente da identidade genética, possuindo uma natureza cultural, consubstanciada no vínculo afetivo constituído a partir da convivência familiar. A origem genética configura-se como um direito da personalidade, sendo o direito que cada indivíduo possui de conhecer seus ascendentes e sua história pessoal. Portanto a filiação possui natureza de Direito de Família enquanto que o direito à identidade genética encontra-se no âmbito dos direitos da personalidade.

Nesse lume, Lobo (*apud* FERRAZ, 2010, p. 136):

O núcleo estrutural da família passou por transformações profundas e os direitos da personalidade voltaram-se para os atributos inatos e inerentes de cada pessoa humana, de modo que se pode vislumbrar dois universos: o de direito de família, que se volta para os direitos e deveres das pessoas no grupo familiar e os direitos da personalidade, que dizem respeito à pessoa em relação a si mesma, como indivíduo e, assim, a origem genética, deixando de ser o único fato determinante da filiação, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas.

Para tutelar o direito de o indivíduo conhecer seus ascendentes biológicos não necessita de atribuição de paternidade ou maternidade a estes. O estado de filiação constitui-se primordialmente pelo afeto, não possuindo assim como requisito fundamental a identidade genética. Esta é direito personalíssimo, inalienável e intransferível de cada indivíduo, resultante da adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse do estado de filiação, de conhecer sua origem biológica, no intuito de preservar sua saúde, na prevenção e tratamento de doenças hereditárias, inserindo-se na espécie direito à vida; para impedir casos de incesto ou até por necessidades psicológicas de conhecer sua história pessoal.

O direito à origem genética será fundamental no Direito de Família nos casos em que não há um estado de filiação constituído, devido ao direito fundamental de possuir um vínculo de filiação. Ressalta Lobo (2004, p. 524) que:

Em contrapartida, toda pessoa humana tem direito inalienável ao estado de filiação, quando não o tenha. Apenas nessa hipótese, a origem biológica desempenha papel relevante no campo do direito de família, como fundamento do reconhecimento da paternidade ou maternidade, cujos laços não se tenham constituído de outro modo (adoção, inseminação artificial heteróloga ou posse de estado). É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente.

Os efeitos da ação de investigação de paternidade são distintos em relação aos efeitos produzidos pelo reconhecimento da origem genética. Naquela, com a procedência do pedido, haverá o surgimento de direitos e obrigações pessoais (no caso do registro civil, com a alteração do sobrenome) e patrimoniais (direito à herança e ao patrimônio). Nesta, tem-se apenas a tutela de um direito fundamental que é o direito da personalidade, mais especificamente o direito à identidade, não gerando assim um estado de filiação. É mister ressaltar que no conhecimento da ascendência através de uma ação declaratória não há possibilidade de desconstituir um estado de filiação consolidado na afetividade. Nesse contexto, Ferraz (2010, p. 139) explica que :

A ação declaratória da origem genética não produzirá efeitos sobre o vínculo da filiação já existente. Não terá o condão de estabelecer vínculo parental entre a pessoa que já tem uma família socioafetiva, mas pretende saber quem é seu genitor, sem que deseje estabelecer qualquer vínculo de filiação.

Assim, nos casos de reprodução humana assistida heteróloga, a criança gerada, com o vínculo socioafetivo constituído em face do indivíduo que não contribuiu com o material genético, poderá investigar sua origem genética, porém sem repercussão no seu estado de filiação. Conseqüentemente é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim (LOBO, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu em um julgado, o direito de o adotado ter acesso aos dados genéticos de seus ascendentes, contudo, mantendo os vínculos socioafetivos com a família que o criou, fundamentando no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Adoção. Investigação de Paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art 27 do ECA (Recurso Especial 127.541/RS. Terceira Turma. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Julgado em: 09/04/2000).

Assim, o reconhecimento do direito à ascendência genética não implicará na revogação do estado de filiação socioafetivo, que seja originado da adoção, posse de estado de filiação ou reprodução humana assistida heteróloga.

No direito Internacional, tem-se corroborado o entendimento exposto nas linhas anteriores de que se reconhece o direito à origem genética, mas não há a desconstituição da filiação socioafetiva, no caso de sua existência. Salienta Lobo (2008, p. 204-205):

[...] No direito alemão, o Tribunal Constitucional, em decisão de 1994, reconheceu nitidamente o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, mas sem efeitos sobre a relação de parentesco. O direito espanhol, ao admitir excepcionalmente a revelação da identidade do doador do material fecundante, expressamente exclui qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido e o genitor biológico. O Código Civil argentino não admite o reconhecimento nem a ação de filiação do filho adotado contra a família de origem, mas permite conhecer quem é a mãe e o pai biológicos, sem fim de parentesco.

Apesar da tendência dos tribunais internacionais, em relação as diferenças entre o estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem genética, há divergências jurisprudenciais no Direito pátrio.

O Supremo Tribunal Federal em acórdão, nega o direito ao conhecimento da origem genética, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, concedendo ao réu, o direito de não se submeter ao exame de DNA:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DNA. CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO 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 vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF. HC-71.373-RS. Tribunal Pleno. Relator: Francisco Rezek. Julgado em: 09/11/1994).

Em conflito sobre reconhecimento judicial de paternidade o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 140.665-MG (DJ de 3.11.98), como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na Quarta Turma do Tribunal, por unanimidade decidiu que "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".

As jurisprudências expostas em linhas anteriores demonstram nitidamente a confusão entre o direito à origem genética e o estado de filiação que poder advir ou não do critério biológico. O STF, ao reconhecer o direito de recusa ao exame de DNA, impediu a desconstituição da socioafetividade, estabelecida no convívio familiar, mas ao mesmo tempo negou o direito à origem genética, como tutela ao direito de conhecer a identidade dos ascendentes. Apenas diante do caso concreto é que poderá saber qual princípio deverá prevalecer, se o direito à identidade genética ou direito a não submissão ao exame de DNA, mediante a ponderação dos valores, pois a negação de ambos é lesiva a dignidade da pessoa humana.

A presunção absoluta que é estabelecida na reprodução humana assistida heteróloga em face do indivíduo que não contribui com o material genético, consentido de forma expressa a utilização da técnica, e a criança advinda, não mais permite que a verdade biológica confunda-se com o estado de filiação. O filho proveniente desta técnica reprodutiva ao buscar a sua origem genética, não pode esperar que seja estabelecido um novo estado de filiação em relação ao seu ascendente genético, exigindo-se do mesmo, direitos e obrigações provenientes de um titular do estado de paternidade. Como bem afirma Lobo (2004, p. 524) “[...] Pai é o que cria genitor é o que gera [...]”. Portanto, o conhecimento da origem genética não deve autorizar a negação de uma filiação arraigada na afetividade, há muito tempo existente.

4 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO FILHO GERADO POR TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA EM FACE DO DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR

A reprodução humana assistida heteróloga traz à baila vários questionamentos de natureza ética, jurídica e social. O mais polêmico é quando se confronta o direito à identidade genética do filho concebido por tal técnica frente ao direito à intimidade do doador do material sexual.

Ao decorrer deste capítulo buscar-se-á demonstrar os argumentos favoráveis de cada um dos direitos colidentes e a inexistência de norma jurídica a respeito, tomando-se como orientação exclusivamente a Regulamentação do Conselho Federal de Medicina, que preconiza a tutela do direito à intimidade do doador, com exceção de casos emergenciais, tendo acesso aos dados genéticos apenas o médico, sem a revelação da identidade civil do terceiro.

Verifica-se que as jurisprudências internacionais e nacionais colacionadas ao longo do capítulo, apenas consolidam que há falta de consenso dos tribunais, em relação a qual direito deve prevalecer.

Outro problema abordado trata da omissão do legislativo no campo processual, enfocada com a falta de uma ação para a tutela de um direito reconhecido constitucionalmente, qual seja, o direito à identidade genética. A ação de investigação de paternidade utilizada, por alguns tribunais, é vista como inadequada diante dos seus efeitos de reconhecimento de paternidade, não aplicados no conhecimento à origem genética; o habeas data defendido por alguns diante de sua natureza na busca de dados nas entidades públicas, e a natureza privada das clínicas de reprodução humana assistida, não se coadunam com o caso; o mandado de segurança, na defesa de um direito líquido e certo não se adequa diante das incertezas que envolve a proteção do direito à identidade genética, com sua tutela a depender das circunstâncias do caso.

Nesse contexto, as divergências em relação a qual remédio processual deve ser utilizado, demonstra a imprescindibilidade de uma regulamentação pelo legislativo juntamente com os estudiosos do processo civil.

A solução do conflito de direitos fundamentais na inseminação heteróloga é resolvida através do estudo da ponderação, formulada por Robert Alexy, explanada ao longo do capítulo. O aplicador do Direito deverá decidir qual o direito que deverá prevalecer,

baseada no valor e na importância em que cada um possui no caso concreto. Nesse ínterim, através do auxílio do princípio da dignidade da pessoa humana, o julgador deverá indicar a prevalência do direito à identidade genética ou do direito à intimidade do doador, norteando-se pelo melhor interesse da criança, que será onde estiver o valor da pessoa humana tutelado em maior amplitude.

Por outro lado, existe o entendimento de que o direito a identidade genética deve preponderar, quando há a necessidade psicológica de conhecer o ascendente, para a integração da história pessoal do indivíduo; na imprescindibilidade para a cura e o tratamento de doenças hereditárias, nessa circunstância o direito à vida sempre prevalecerá, e na possibilidade de relacionamentos consanguíneos. Em casos de mera curiosidade, o direito à intimidade do doador será preponderante. Dessa forma, somente através das circunstâncias que envolve o caso e através de um parecer psicossocial elaborado por um equipe interdisciplinar, o juiz decidirá qual será o direito adequado para as peculiaridades de cada situação.

4.1 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO FILHO EM FACE DO DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

A relevância da descoberta da historicidade familiar na integração dos direitos da personalidade através da investigação da origem genética, a distinção entre o estado de filiação, solidificado no Direito de Família, e o direito à identidade genética, consagrado como direito personalíssimo, não são motivos de tanta repercussão, comparadas ao confronto existente entre o direito à origem genética do filho resultante da aplicação da técnica de reprodução assistida heteróloga e o direito à intimidade do terceiro que doou o material genético. Tem-se, assim, um conflito de direitos fundamentais da personalidade de quarta geração, proporcionado pelos avanços na biotecnologia. Oliveira (2004, p. 115) salienta que:

O direito à intimidade e o direito ao conhecimento da ascendência genética são direitos fundamentais de personalidade garantidos pelo nosso ordenamento jurídico. São fundamentais porque são direitos humanos que o legislador recepcionou no ordenamento, e são de personalidade porque são direitos subjetivos atribuídos ao homem despojado do seu tipo social.

O direito à intimidade está previsto no art. 5º, X da CF que dispõe que 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. Amorim (*apud* CÂNDIDO, 2011) conceitua com magnificência o direito à intimidade:

Dentro de um aspecto geral da intimidade, as confidências íntimas de cada pessoa devem permanecer no recôndito de sua consciência até que ela resolva ou autorize a divulgação. correspondendo ao segredo ou sigilo. [...] No âmbito privado, referente ao lar, à família, à correspondência, o sigilo guarda razões personalíssimas, caracterizando ato de intromissão a divulgação ou o uso indevido de confidências. Todos têm direito a reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos.

O direito à intimidade tutela assim, informações íntimas que não devem ser divulgadas, pois representaria uma violação a dignidade da pessoa humana, uma vez que o referido direito está previsto no rol dos direitos fundamentais da Carta Magna, que objetivam a tutela da pessoa humana.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina em seu item IV. 3, traz uma norma deontológica, resguardando o direito à intimidade do doador, na reprodução humana assistida heteróloga, com a possibilidade de acesso as informações genéticas apenas aos médicos, diante de uma motivação médica, sem a necessidade da identificação civil. Há a tutela também do sigilo da identidade entre os doadores e os beneficiários. Assim dispõe o item IV. 3 da referida Resolução:

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

As justificativas favoráveis ao anonimato do doador são diversas. A descoberta da origem genética do doador poderia acarretar uma instabilidade na estrutura familiar arraigada no afeto. Imagine-se a possibilidade de o filho vier contestar direitos a alimentos, sucessórios ao doador, ou este na busca de estabelecer um estado de maternidade ou paternidade? A ocorrência de transtornos psicológicos seria considerável para as pessoas envolvidas no procedimento da técnica reprodutiva, mas principalmente, para o cônjuge ou companheiro estéril ao conhecer o pai ou mãe biológicos do que sempre criou como seu filho.

Leite (2001) adota uma posição favorável ao anonimato, aduzindo que o desenvolvimento normal da família é permitido pela garantia ao anonimato, evitando o estabelecimento de relações entre o doador e a criança, principalmente quando objetiva à obtenção de ganhos pecuniários, pois a quebra do sigilo permitira relações de fato com o doador.

As consequências advindas para a criança com a quebra do sigilo, constitui mais um argumento que se inclina ao anonimato do doador. A integração à família jurídica e uma possível discriminação é ressaltado por Gama (2003, p. 903):

O anonimato dos pais naturais -na adoção- e o anonimato da pessoa do doador- na Reprodução Humana Assistida Heteróloga - se mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento médico ou judicial, e do anonimato do doador tem como finalidades essenciais a tutela e a promoção dos melhores interesses da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação ou estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto da procriação assistida heteróloga.

Observa-se que a garantia do anonimato é uma forma de incentivo à doação, pois com a possibilidade de revelação da identidade civil do terceiro que viabilizou o projeto parental, o risco de vínculos a serem estabelecidos entre o doador e a criança seriam consideráveis, relação esta não objetivada pelo indivíduo que doou o material genético. Salienta Ferraz (2010, p. 147) que: “Portanto, o anonimato seria uma forma de incentivar a doação, mediante a garantia de ausência de qualquer responsabilidade do doador com o ser gerado. Por outro lado, graças a garantia do anonimato, a pessoa pôde nascer, pois, caso contrário, não teria havido doação.”

A revelação da identidade do doador é vista como uma forma de integração da personalidade do indivíduo resultante da técnica, pelos que defendem o direito à origem genética, Em posição contrária temos Melo (2000, p. 2), que aduz: “o fato de não conhecer seus ascendentes genéticos não afetará sua personalidade, pois essa é construída através da própria pessoa ao longo de sua vida”. Desse modo, segundo o referido autor, não há relevância da identidade genética na formação da personalidade.

Percebe-se que o instituto do parto anônimo adotado por alguns países como a França, Bélgica, Áustria, Itália, Luxemburgo e vinte e oito dos cinquenta Estados dos Estados Unidos, demonstra que o anonimato vem sendo permitido, não sendo absoluto o direito ao conhecimento da origem genética. Nesse caso, a identidade da mãe será preservada, não constando no registro de nascimento o seu nome, negando assim qualquer vínculo com a criança que gerou sendo entregue ao Estado. No Brasil existe o Projeto de Lei 2.747/08, que vem causando polêmicas ao permitir o uso do referido instituto.

Na jurisprudência europeia, por exemplo, ressalta-se o caso *Odévre c/ France* julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. A Sra. Odièvre, uma mulher de aproximadamente quarenta anos nasceu de um parto anônimo e foi adotada posteriormente

por um casal francês, com base no art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, que tutela a vida familiar e privada de toda pessoa, requereu o direito ao conhecimento da sua origem genética. A referida Corte entendeu pela garantia do anonimato da genitora assegurada pela lei francesa, devido ao fato de que o direito à identidade genética não é absoluto e que sua vida familiar não estava sendo violada, pois a mesma não pretendia estabelecer vínculos com sua família genética, muitos menos desconstituir os laços socioafetivos. Outra justificativa foi que os Estados possuem certa discricionariedade para escolher as medidas aplicáveis que asseguram os direitos que a Convenção tutela.

Em outro caso a Corte Européia, posicionou-se de maneira diferente, reconhecendo a relevância do direito à identidade genética. O requerimento foi de uma menina de cinco anos que reclamava da morosidade de um processo de investigação de paternidade, por inexistir na Croácia uma medida que obrigasse a realização do exame de DNA. O tribunal europeu ponderou os interesses e entendeu que esse aspecto relevante da sua identidade pessoal foi desprotegido por muito tempo e que deveria o Estado Croata adotar medidas que permitisse o quanto antes a tutela desse direito.

Verifica-se que na jurisprudência brasileira, igualmente à internacional, existem divergências. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus 71.373-RS, citado no capítulo anterior, decidiu preterir o direito à origem genética, priorizando o direito à intangibilidade do corpo humano do indicado como pai, fundamentando no princípio da dignidade da pessoa humana. A decisão do STF foi objeto de várias críticas, devido ao não reconhecimento do direito à identidade genética.

Postura diferente adotou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 140.665/MG neste excerto de jurisprudência:

DIREITO 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 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 socio-cultural 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 tema 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 de evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz. (STJ. REsp 140665 MG. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em : 17.09.1998).

Portanto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça considerou para fins de reconhecimento do direito à origem genética, o exame de DNA, enquanto que o Supremo Tribunal Federal negou este, demonstrando a falta de consenso nos tribunais brasileiros e a necessidade urgente de uma norma jurídica disciplinando as questões ético-jurídicas derivadas do avanço biotecnológico. Vale salientar que no Brasil tem-se apenas a Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, sendo uma norma deontológica.

Consoante Cândido (2011) “as razões que levam um filho socioafetivo a buscar seus ascendentes genéticos são diversos”. A busca pelo ascendente genético quando a técnica foi utilizada apenas por um indivíduo; a desconstituição dos laços socioafetivos devido a desentendimentos com sua família de criação ou por simples interesse sucessórios de seus pais genéticos; no intuito de preservar a saúde devido à ocorrência de doenças hereditárias; pela necessidade psicológica de conhecer a pessoa que viabilizou seu nascimento com a doação do material genético,.

Na primeira hipótese observa-se que a utilização da técnica somente por uma pessoa é plenamente justificável diante das modificações ocorridas na Constituição Federal que revolucionou o conceito de família, reconhecendo o núcleo familiar formado por um único pai ou mãe e seus descendentes, consolidada no parágrafo quarto do art. 226 da Carta Magna, que dispõe: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. O art. 3º da Lei 9.263/96, o qual dispõe sobre o planejamento familiar traz que:

Art. 3º O planejamento familiar é 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. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção; [...]

Destarte, as pessoas solteiras possuem o direito de recorrer às técnicas de reprodução humana assistida com fundamento na Constituição Federal e em lei

infraconstitucional. Nesse caso poderá surgir a vontade de o filho resultante da aplicação da técnica heteróloga de conhecer seu ascendente genético, direito este que poderá ser tutelado tendo em vista as circunstâncias autorizadoras do caso concreto, como a demonstração de necessidade psicológica para a complementação de sua personalidade. Vale ressaltar que o reconhecimento do direito à identidade genética não implica no reconhecimento da paternidade do doador que apenas viabilizou o projeto parental de um indivíduo.

Na segunda hipótese, nota-se a impossibilidade de reconhecimento do direito à origem genética ao indivíduo que por motivos egoísticos, o qual requer não apenas o direito à identidade genética, mas com esta visa à desconstituição da filiação socioafetiva por seus pais não possuir condições financeiras melhores do que a do doador. A alegação de desentendimentos também não é razão considerável para extinguir a filiação arraigada na afetividade por meio do reconhecimento da origem genética.

O direito à identidade genética poderá ser imprescindível na prevenção e cura de doenças hereditárias. A tutela da saúde sendo um direito fundamental (desdobramento do direito à vida, previsto no art. 5º da CF/88), encontra-se positivado no art.196 da Carta Magna que nos diz: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas, sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n.º 8.069/90), em seu art. 7º fala sobre a a proteção à vida e a saúde à criança e ao adolescente. Dessa forma, tem-se a proteção jurídica do direito fundamental à saúde.

Os surgimentos de certas doenças podem ser diagnosticados antes de seu desenvolvimento, graças aos avanços na área médica, através da denominada medicina preditiva. Nesse sentido, Pereira e Silva (2002, p. 296) explica que:

[...] O diagnóstico pré-sintomático das enfermidades monogênicas, situação em que existe grande previsibilidade, porém baixa possibilidade de modificação do risco do surgimento da enfermidade; e diagnóstico de enfermidades multifatoriais poligênicas, situação em que um único teste tem baixa previsibilidade, porém as opções de ser manipulado o ambiente para evitar o surgimento da enfermidade são grandes.

O grande questionamento dá-se com o surgimento de doenças que necessitam de compatibilidade sanguínea, como nos casos de transplante de órgãos e leucemia. A Resolução do Conselho Federal de Medicina no item IV, n. 3 permite em situações excepcionais, o acesso às informações clínicas do doador somente pelo médico, sem a revelação da sua

identidade civil. Nessa mesma linha de pensamento tem-se o Projeto de Lei nº 1135, de 2003 que dispõe em seu “[...] Art. 11 A doação de gametas ou pré-embriões obedecerá às seguintes condições: [...] § 2º Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador”. Assim, tem-se a possibilidade apenas as informações genéticas do doador pelo médico, com o resguardo da identidade civil, não havendo a quebra de sigilo segundo as normas referidas.

A depender do tipo de doença que acomete o paciente, a restrição da identidade civil poderá trazer riscos para o paciente. Nesse caso o direito à vida deverá prevalecer em face do anonimato do doador, pois os males que poderiam advir do não conhecimento da origem genética poderiam chegar a ser irreparáveis. Portanto, o Estado tem o dever, quando provocado, a garantir os meios necessários para a preservação da saúde, mesmo diante de casos que seja imprescindível a quebra do sigilo da identidade civil do doador, devido à garantia constitucional do direito à vida e à saúde.

A relevância do conhecimento da origem genética é patente quando o direito que se encontra em risco de ser preterido é o direito à vida do filho e dos doadores, tanto diante da prevenção dos males, quanto no tratamento de doenças que necessitam de cura.

A última hipótese levantada por Cândido (2011) é em relação à necessidade pelos filhos da reprodução humana assistida heteróloga de conhecer os que viabilizaram o projeto parental. Entende-se aqui, a necessidade psicológica de descobrir sua família genética, para a complementação de sua personalidade e sua história pessoal, o fato de não conhecer de onde veio, sob o aspecto genético, pode vim a desestruturar o psíquico da pessoa. Moreira Filho (2011) adverte que:

[...] Ao legar o filho o seu direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos, as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca das características fenotípicas, da índole e do comportamento social, das propensões ou resistências a certas doenças etc.

A globalização com a conseqüente ampliação das informações, através da internet permitiu a superação da distância nos relacionamentos pessoais, sendo relevante assim o conhecimento da origem genética para que se possa evitar a união matrimonial ou a união estável entre descendentes advindos da técnica heteróloga com seu ascendente genético ou com seus irmãos unilaterais.

Os incisos I e IV do art. 1.521 do Código Civil estabelece impedimentos, não permitindo que se casem: “I-ascendentes com descendentes seja o parentesco natural ou civil; IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”. As relações incestuosas além de serem vedadas pela lei são repudiadas pelos costumes e pela moral, mesmo que não haja um vínculo socioafetivo construído, há um elo biológico, podendo trazer defeitos genéticos nos filhos resultantes dessa prática.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina, em seu item IV nº 5 dispõe que: “na região de localização da unidade. o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes”. Nessa mesma linha tem-se o Projeto de Lei n.º 2855, de 1997 prevê em seu “[...]Art 13 O serviço médico que emprega técnica de RHA fica responsável por impedir que de um mesmo doador nasça mais de dois filhos, num mesmo Estado, devendo, para tanto, manter registro das gestações”. Nesse sentido tem-se soluções que visam a tornar cada vez mais remota a possibilidade de encontro entre os que possuem vínculo biológico.

Mas diante da facilidade de comunicação, possibilitada pela internet nos dias atuais, o problema persiste. A esse respeito, Ferraz (2010, p. 135-136) lembra que:

Reportagem exibida em programa televisivo da Globo narrou a história de cinco irmãos de mães diferentes, concebidos por meio de inseminação artificial heteróloga na qual as mães utilizaram um doador anônimo de sêmen. Eles se encontraram através de um site da internet que cruzou os seus DNAs e constatou que possuíam o mesmo pai. Embora morassem em locais totalmente diversos, seu encontro foi possível por meio da internet. Uma das possíveis consequências seria a hipótese da manutenção de relações incestuosas entre esses irmãos, ou mesmo entre pai/doador e filha, sem que os mesmos soubessem de sua consaguinidade. Portanto, a dificuldade que, na prática, tais pessoas se encontrem diminui sensivelmente, em face dessa quebra de fronteiras.

O Projeto de Lei do Senado 90/1999 apresenta uma interessante proposta. Os doadores só poderiam viabilizar o projeto parental de um único casal de beneficiário, não podendo assim utilizar seu material genético para uma segunda gravidez. Mas a solução definitiva nos traz o § 2º do artigo 9º do Projeto de Lei do Senado n.º 90 de 2001 (Substitutivo) identificando o ascendente genético do nubente antes do casamento, no caso de pessoas que pretendem se casar, pelo oficial de Registro Civil, não havendo assim, uma quebra de sigilo. Esta ocorreria somente diante da constatação positiva do impedimento matrimonial que ocorreria a comunicação aos nubentes, e um inevitável impacto psicológico, de duas pessoas que planejavam se casar e descobrem que possuem um vínculo biológico. Situação que poderia ser evitada com o conhecimento prévio da identidade civil do doador.

Diante do exposto, não há como se negar a relevância do indivíduo ter direito a conhecer seu ascendente genético, sob os aspectos, psicológicos, médicos jurídicos e sociais. No Brasil, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, existe uma tendência de se tutelar esse direito à origem genética, contudo a depender do caso concreto, pois nenhum direito é absoluto.

4.2 DOS ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS ACERCA DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

O direito à origem genética é um direito personalíssimo, imprescritível e irrenunciável da criança de conhecer seus ascendente genético e, por sua vez, sua história pessoal. Diante da tendência do reconhecimento do referido direito é necessário a sua tutela no campo processual, pois como dispõe o Código Civil, em seu art. 75: “a todo direito, corresponde uma ação que o assegura.” A legislação brasileira tem se mostrado morosa em relação aos avanços no campo biotecnológico, sendo ausente a disposição de uma ação correspondente ao Direito à identidade genética.

Há divergências no campo processual, na busca de uma tutela adequada ao direito à origem genética. Verifica-se que o projeto nº 120/2003, o único que se posiciona sobre assunto, refere-se à ação de investigação de paternidade como o meio de defesa processual, sendo essa a tendência majoritária. Fernandes (2000, p. 85) assevera que:

Posiciona-se Álvaro Villaça de Azevedo, para quem o filho concebido por uma das técnicas de reprodução humana assistida, poderá, a qualquer tempo, investigar sua paternidade, esclarecendo, ainda que, os responsáveis pela guarda dos dados do doador do sêmen, deverão fornecê-los, em segredo de justiça.

No mesmo sentido é a posição de Walter Ceneviva, quando assegura que o Direito da mãe não vincula o filho, e este, ao atingir a maioridade, poderá ingressar com a competente ação investigatória, para tentar a identificação do homem que, mesmo involuntariamente e apesar das circunstâncias, é seu verdadeiro pai.

Por sua vez, Lobo (2010) adota posição diversa. Para este, a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação, baseada nas relações de afeto. O direito à origem genética pode ser reivindicado sem atribuição da paternidade, pois esta emerge do estado de filiação, como acontece nos casos de inseminação artificial heteróloga. Corroborando esse entendimento Cândido (2011) argumenta que:

A ação investigatória de paternidade se mostra imprestável para a busca do conhecimento da origem genética, primeiramente por passar a impressão equivocada, de que origem genética se confunde com estado de paternidade, segundo por não atender o direito de todos que desejam o conhecimento de suas origens, por não poder ser proposta, para a investigação da doadora de óvulos, e, finalmente, pelos seus efeitos de constituição de novo vínculo parental, desconstituindo o anterior, e submetendo o investigando ao poder familiar do doador, o que é totalmente diferente do fim desejado. Infelizmente, uma vez que o ECA, não prevê restrições a sua propositura, e também pelo fato de não existir ação própria, a ação investigatória de paternidade vêm sendo utilizada, de forma equivocada por aqueles, que desejam conhecer sua ascendência genética, sendo uma tendência concedê-la com efeitos limitados.

Para alguns, a ação adequada seria o habeas data. O referido remédio constitucional está previsto no art. 5º LXXII, que nos diz: “conceder-se-á habeas-data, a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público: b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. Nesse sentido, Gama(2003) posiciona-se pela utilização do referido remédio constitucional certificando que o habeas data além da administração pública pode atingir as entidades que guarda dados de caráter público, ou seja, os bancos de sêmen e de embriões e as casas de saúde, e, primordialmente os profissionais responsáveis pela aplicação da técnica heteróloga.

No entanto, observa-se que o habeas data não seria a ação adequada para a tutela do conhecimento da origem genética por dois motivos. Primeiramente, como o próprio dispositivo da Carta Magna afirma que a mesma é impetrada em face de entidades governamentais ou de caráter público, a reprodução humana assistida é utilizada na maioria das vezes em entidades privadas. Um segundo motivo seria que o remédio constitucional é aplicado na busca de informações do impetrante, no direito à origem genética procura-se pelos dados genéticos do doador, nesse caso o impetrado.

Desse modo, pode-se questionar. Em face da impossibilidade da ação de investigação de paternidade e do habeas data, existe a possibilidade da aplicação do mandado de segurança? A justificativa da sua inadequação é que o direito à identidade genética não é um direito líquido e certo, sendo dependente das circunstâncias que o autorizam.

Diante dos avanços tecnológicos, percebe-se a necessidade que o legislativo juntamente com os estudiosos do processo civil, positivem uma ação adequada para tutelar um direito que já possui seu reconhecimento constitucional. Esta ação não constituiria qualquer vínculo com a criança e doador como a de investigação de paternidade, garantindo

apenas um direito da personalidade. É relevante que limitem sua propositura para casos em que o direito à identidade genética, na ponderação de valores, sobreponha-se ao direito à intimidade do doador, ou seja, não seja utilizada em casos que demonstrem apenas simples curiosidade.

4.3 DA PONDERAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador na reprodução humana assistida heteróloga, como exposto em linhas anteriores, são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, portanto, quando se tem o embate entre os dois direitos referidos há o conflito entre normas fundamentais. A forma da solução do conflito, é ressaltado com excelência por Robert Alexy, uma das autoridades do Direito Contemporâneo. Este se dedicou ao aperfeiçoamento do procedimento adequado para a correta aplicação dos Direitos Fundamentais.

Para Robert Alexy (2001) o sistema jurídico é composto por regras e princípios. Assim a norma jurídica seria gênero e aqueles as espécies. Alexy (*apud* FERRAZ, 2010 p. 146) salienta que:

Dessa forma, Alexy apresenta a distinção fundamental entre regras e princípios: princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação as possibilidades jurídicas e fáticas. São, destarte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e por a medida de seus cumprimentos depender não só das possibilidades fáticas, mas também, das possibilidades jurídicas. Já as regras possuem determinações no campo fático e jurídico de forma que se ela é válida; então, deve ser cumprida naquilo que ela ordena. As regras seriam aplicadas de forma silogística enquanto que os princípios, por meio da ponderação.

Destarte, os princípios são normas jurídicas que informam de maneira mais abrangente o sistema jurídico, assim possuem um pressuposto de fato com um número indeterminado de hipóteses e com a sua consequência jurídica (estatuição) presente em outras normas, sendo implícita. Os referidos possuem em sua estrutura valores a serem tutelados, podendo ser equiparados a estes. Enquanto que nas regras os valores são ausentes, sendo aplicados imediatamente a consequência prevista quando a hipótese acontecer, com um

campo mais restrito que os princípios e com a estatuição na maioria das vezes explícita na sua estrutura.

A maioria das normas de direitos fundamentais são princípios, como os de igualdade, privacidade, função social da propriedade, intimidade, dentre outros que orientam o sistema jurídico, relevantes na tarefa do aplicador do Direito (FERRAZ, 2010). Nesse contexto, Fazzio Júnior (2011) explica que:

Robert Alexy preconiza que as normas de direitos fundamentais constituem um sistema aberto de princípios e regras adequadas. Ante a impossibilidade de revelá-los apenas por meio de regras, em virtude de sua amplitude, opta pela principiologia, porque os princípios ensejam a eclosão de conflitos, composição de princípios aparentemente contraditórios, ponderação de valores e equalização de interesses, como convém a uma ordem constitucional aberta, e ao pluralismo jurídico-político. Os princípios se prestam a otimizar tanto a criação como a aplicação das normas de direitos fundamentais, ou seja, aumenta-lhe o rendimento eficaz, *prima facie*.

Nesse diapasão, quando acontece um conflito entre princípios, a sua resolução está na dimensão dos valores. Como não há hierarquia formal entre os mesmos, um deverá ceder em relação ao outro, prevalecendo aquele que maior importância e peso possuir no caso concreto. No conflito entre regras, a solução está na dimensão da validade, sendo excluída do ordenamento jurídico aquela que não for aplicada, diferentemente, nos princípios, a colisão acontece somente, entre princípios válidos, não sendo invalidado o que não for utilizado no caso concreto (AMORIM, 2011).

A ponderação é a forma utilizada por Alexy, na solução do conflito entre os princípios. Segundo o referido autor na conflituosidade, a ponderação (adequação, necessidade e paridade) é a mediadora da solução mais prática, e, nem por isso menos justa (FAZZIO JÚNIOR, 2011).

A ponderação de princípios consiste em estabelecer o que possui maior peso diante de circunstâncias fáticas e jurídicas de um determinado caso concreto. Um princípio não pode sobrepor-se de forma absoluta, pois cada um equivale a interesses e valores sociais, de forma que a sobreposição de um não invalida o outro, o qual somente não será aplicado naquela situação.

Na solução da colisão estabelece-se uma relação de precedência entre os princípios, em que deve haver a indicação das condições na qual um princípio precede ao outro (AMORIM, 2011). Assim, a sobreposição estará vinculada as situações fáticas e jurídicas que envolvem o caso concreto.

O aplicador do Direito diante do conflito entre princípios para chegar à solução da colisão por meio da ponderação deverá em primeiro lugar identificar os princípios, valores e interesses colidentes no caso concreto, e quanto mais correta a identificação, a possibilidade de uma decisão justa será maior. Em segundo lugar irá atribuir o peso e a importância que os princípios representam, sempre dependendo das ocorrências fáticas e jurídicas da situação conflitante. E por último, estabelecer qual o princípio prevalente, sendo que o resultado obtido da ponderação é a decisão em si, que deverá observar a lei da ponderação de Alexy (2001, p. 89) que diz “quanto maior o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece.”

Alexy (*apud* FERRAZ, 2010, p. 154) salienta que:

[...] a lei de ponderação, apesar de, por si só, não servir à aferição da correção da ponderação, não é uma forma vazia, pois o modelo de ponderação como um todo proporciona um critério ao vincular a lei de ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. A lei de ponderação diz o que é quem tem que ser fundamentado racionalmente.

No caso da técnica reprodutiva heteróloga, deve-se utilizar a ponderação como forma da colisão de princípios. Para auxiliar o aplicador do Direito nessa árdua tarefa recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, diante do mesmo ser tutelado por todos os direitos fundamentais. Portanto, deverá prevalecer o direito que no caso concreto proteja em maior amplitude o valor da pessoa humana. Como muito bem explica Konrad Hesse (*apud* BONAVIDES, 1996, 514):

Konrad Hesse entende os direitos fundamentais como aqueles que visam à criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana. Ressalta dessa definição a finalidade precípua dessa gama de direitos, além de ser notável o alargamento de seu âmbito de abrangência, o que por certo desfavorece a sua precisa identificação. Casos, há entretanto, em que se verifica frontal colisão, entre os direitos fundamentais diversos, mesmo após superada a verificação dos respectivos âmbitos de proteção. Ocorre quando um direito fundamental interfere diretamente no âmbito de proteção do outro. Conforme, já anotado, estas situações ocorrem em razão, principalmente, do caráter heterogêneo de que se revestem estes direitos, bem como em razão de seu conteúdo aberto e mutável, a exigir em muitas ocasiões, uma situação concreta para firmar sua previsão.

Apesar da relevância do direito à origem genética, garantido pela Constituição Federal como um direito fundamental da personalidade, nem sempre deverá prevalecer diante o direito à intimidade do doador, pois igual aos outros direitos, não é absoluto, mas relativo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Gama (2003) ressalta a importância do direito à identidade genética, quando a sua desinformação afeta o bem estar psíquico da pessoa. Nesse caso a motivação para o conhecimento da ascendência genética seria representada por uma necessidade psicológica do indivíduo, imprescindível para a complementação da sua identidade pessoal.

Nos casos em que o conhecimento à identidade genética configurar-se como relevante para a prevenção e cura de doenças hereditárias, o direito à intimidade do doador deverá ceder em face do direito à vida. Quanto a esse aspecto, Gama (2003, p. 83), salienta que:

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato em caratê absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio da técnica de reprodução humana assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante à iminente lesão à vida ou à higidez físico-corporal da pessoa que foi gerado com o material fecundante do primeiro.

Dessa forma, é bastante claro que o direito à origem genética, na espécie direito à vida sempre deverá prevalecer diante do direito à intimidade do doador. É inconcebível preservar o sigilo dos dados genéticos do ascendente, em detrimento do direito da prevenção e em certos casos à cura de doenças hereditárias da pessoa gerada por técnica reprodutiva heteróloga. Portanto não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é consideravelmente maior na proteção do direito à vida, do que na preferência ao sigilo dos dados genéticos do doador.

O incesto, apesar de raro, pode acontecer, por exemplo, entre os filhos do doador e pessoa concebida através da técnica. Diante da possibilidade de relacionamentos consangüíneos, a identidade civil do doador deverá ser revelada, em respeito à moral e a lei, com o peso maior, que o sigilo dos dados do doador, e em consonância, principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é o entendimento de Diniz (2002, 18) ao dispor que:

Os avanços científicos devem ser limitados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, não devendo ser utilizados com a finalidade de reduzir o ser humano à condição de coisa ou meio para a realização do progresso na biomedicina.

Além da dignidade da pessoa humana, o aplicador do direito deverá observar o princípio do melhor interesse da criança que nem sempre será o conhecimento à ascendência

biológica. Em certos casos, essa revelação poderá afetar o bem estar psíquico da criança e o relacionamento com os pais que o criaram, arraigados na afetividade, por ainda não ter maturidade para saber como enfrentar situação de tamanha delicadeza, por isso muitos defendem o conhecimento genético quando atingida a maioridade. Na decisão de qual direito deverá prevalecer é imprescindível a utilização de um parecer psicossocial pelo julgador, em face de uma melhor análise das vantagens e prejuízos da prevalência de um princípio em determinado caso concreto.

A intimidade do doador e seus vínculos familiares poderão ser profundamente afetados com a revelação da sua identidade civil, não podendo ceder em casos de mera curiosidade. Diante disso, o julgador deverá analisar as circunstâncias do caso concreto, pois não envolvendo necessidade comprovadamente psicológica, imprescindibilidade dos dados genéticos para a cura e o tratamento de doenças hereditárias, e a possibilidade de incesto, o direito à origem genética não deverá prevalecer. Nessa acepção, Ferraz (2010, p.156), cita o exemplo “de um indivíduo solteiro na época da doação que posteriormente casa-se e tem filhos.” A revelação da identidade civil do mesmo, segundo a autora, poderá afetar a relação com sua esposa e filhos, que ao ser procurado pela criança fruto da técnica heteróloga, manterá ainda que forçosamente, por questões morais, relações com este, apesar de ser claro o seu desinteresse em manter qualquer vínculo desde a doação. E continua a autora, que poderá acontecer o inverso, quando o ascendente procurar manter contato com a criança, podendo tumultuar assim a relação desta com seus pais socioafetivos.

Portanto, o direito à intimidade do doador deverá ser preservado e ceder diante das hipóteses mencionadas em linhas anteriores, reafirma-se: a necessidade psicológica, com função de integrar a historicidade pessoal, o direito à vida, e nos casos de incidência de relações incestuosas. É mister ressaltar que o direito à identidade genética sempre prevalecerá quando envolver o direito à vida. Contudo, o aplicador do Direito observará na ponderação, o princípio da dignidade da pessoa humana de forma a prevalecer o direito que melhor atenda o interesse da criança, em face das circunstâncias do caso concreto, através de uma parecer ético, psicológico e social elaborado por uma equipe interdisciplinar, mesmo que não se trate de menores de idade.

5 CONCLUSÃO

A celeridade dos avanços científicos na área da biomedicina é inegável. A possibilidade de procriar em laboratório através de diversas técnicas de reprodução humana assistida é um exemplo do extraordinário desenvolvimento científico, dessa forma, é urgente a necessidade de regulamentação jurídica para impor limites à atuação dos cientistas, com o intuito de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A finalidade precípua das técnicas de reprodução humana assistida é tornar possível o desejo de casais estéreis de procriarem. Entretanto, não é raro a imprensa relatar casos em que são utilizadas para escolher o sexo ou as características fenotípicas da criança, violando de maneira absurda o valor da pessoa humana, que é fundamentador do ordenamento jurídico. A Bioética e o Biodireito surgem assim como institutos imprescindíveis na humanização do progresso biomédico.

É mister ressaltar, que com a nova concepção de família estabelecida pela Constituição Federal, o direito de procriar via artificialmente, inserido no âmbito do Direito ao Planejamento Familiar, que é concedido ao núcleo familiar, deve ser estendido as famílias monoparentais e as uniões homoafetivas, pois as mesmas, estão calcadas na afetividade, princípio este definidor da estrutura das relações familiares contemporâneas.

No presente trabalho, tratou-se da técnica reprodutiva heteróloga, esta, diferentemente da homóloga, que ocorre quando são utilizados gametas sexuais do casal, vale-se de material fecundante do doador. Devido a esta característica, a reprodução humana assistida heteróloga traz à tona questionamentos polêmicos, que repercutem no campo da filiação e possibilita o surgimento de um confronto de direitos fundamentais, qual seja o direito à origem genética da criança concebida por tal técnica em face o direito á intimidade do doador do material genético.

A presunção de paternidade na reprodução humana assistida heteróloga é estabelecida pelo Código Civil, presumindo-se o pai quem consentiu com a realização da fecundação com o material de terceiro. A filiação dessa maneira mais do que nunca demonstra sua natureza socioafetiva, desprezando-se o biologismo, exigindo-se a distinção necessária entre o estado de filiação arraigado na afetividade e a origem biológica, reconhecida como um direito personalíssimo da quarta geração.

Apesar da repercussão significativa da técnica reprodutiva heteróloga na estrutura da filiação, reafirmando a ideia consolidada pela Carta Magna, de natureza sociocultural, a sua maior polêmica e divergência está no confronto de direitos fundamentais, proporcionada quando a criança procura o conhecimento de seu ascendente genético.

Diante disso, o presente trabalho analisou a posição da criança concebida pela reprodução heteróloga em conhecer seu ascendente genético e do outro lado o direito à intimidade do doador, de manter em sigilo a revelação da sua identidade civil. A solução de tal conflito foi demonstrada através da teoria da ponderação elaborada por Robert Alexy, pautando a decisão no direito que maior peso e importância obtiver no caso concreto, auxiliado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e na busca da melhor interesse da criança.

Analisou-se igualmente a falta de tutela processual para o conhecimento da origem genética e a inadequação da ação de investigação de paternidade, do habeas data e do mandado de segurança, na busca da de tal direito.

Assim, os objetivos almejados foram alcançados, uma vez que a sistematização do trabalho realizou-se em uma estrutura harmônica com auxílio dos métodos abstrato-dedutivo, exegético-jurídico e sistemático, auxiliado pela técnica de pesquisa da documentação indireta, calcada na pesquisa bibliográfica e documental.

A divisão foi feita em três capítulos, sendo que no primeiro tratamos de estudar a Bioética e o Biodireito como relevantes na imposição de limites no avanço científico, explanando o aporte conceitual e médico das técnicas de reprodução humana assistida e seus avanços; no segundo capítulo obteve-se a diferença entre o estado de filiação e o direito à origem genética, compreendido como institutos de natureza distinta; no terceiro capítulo analisou-se o confronto entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador, a ausência da ação para o conhecimento da origem biológica, bem como a ponderação como solução na colisão dos princípios.

Os resultados vislumbrados igualmente foram alcançados. Dessa forma analisou-se a Bioética e o Biodireito como institutos limitadores dos avanços científicos; demonstrou-se um panorama geral das técnicas reprodutivas e seus avanços; explanou-se acerca da repercussão da reprodução humana assistida heteróloga, no campo da filiação e da família, com o estabelecimento das diferenças necessárias com o direito à origem genética; verificou-se a solução do confronto entre os direitos fundamentais, quais sejam o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador.

A problematização levantada quanto ao exercício do direito à identidade genética prevalecer em face do direito à intimidade do doador foi demonstrada a partir da hipótese, de que devido a relatividade dos direitos fundamentais, o direito que prevalecerá será decidido à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, através da técnica da ponderação, aplicando o princípio que em maior grau observar o princípio da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

Por fim, averiguou-se a imprescindibilidade do reconhecimento da relativização dos direitos fundamentais, sendo ausente a hierarquia entre os mesmos, e encontrando-se na mesma posição, o confronto será solucionado através da ponderação, calcada nas circunstâncias fáticas e jurídicas, e valendo-se como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas**. 2005. Disponível em: <www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/pdf/pdf_165/r165-11.pdf>. Acesso em: 22 set. 2011.

AZEVÊDO, Pedro Pontes de. **Problemas jurídicos advindos da fecundação artificial heteróloga**. Editora JusPodvim, Salvador: Leituras Complementares de Direito Civil, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Luouza. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Código Civil**, promulgado em 10 de janeiro de 2002. In: VADE MECUM, 12^oed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. In: VADE MECUM, 12^o ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 140665 MG**. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 17.09.1998. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19748921/recurso-especial-resp-140665-mg-1997-0049926-0-stj>>. Acesso em: 20.09.2011

_____. **Lei nº9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. **Resolução nº1957/2010 do Conselho Federal de Medicina.** Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3º Turma. **Recurso Especial 127.541/RS.** Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Decisão unânime. Brasília, 10.04.2000, DJ28.08.2000 P. 72. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340632/recurso-especial-resp-127541-rs-1997-0025451-8-st>>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. **Projeto de Lei nº 1135, de 2003.** Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl1135.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 108.417-9. 2º Câmara Cível.** Relator Desembargador Accácio Cambi. Julgado em: 21/09/2001. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_33_4_3_1.php>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus 71373 RS.** Tribunal Pleno. Relator: Francisco Rezek. Julgado em: 09/11/1994. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs-stf>>. Acesso em: 18 set. 2011.

_____. **Projeto de lei nº 2855, de 1997.** Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl2855.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

_____. **Projeto de Lei nº 90 (substitutivo), de 2001.** Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

BUGLIONE, Samantha. Bioética. In: **Jornal A Notícia.** Santa Catarina. 09/10/2007. p. A2. Disponível em: <<http://www.an.com.br/2007/out/09/0opi.jsp>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. **Reprodução Medicamente Assistida: distinção e origem genética**. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>>. Acesso em: 22 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4. Ed. Coimbra: Almeida, 1999.

CANZIANI, Eduardo de Carvalho. Aspectos Legais das reprodução assistida. In: FREITAS, Douglas Phillips (Coord). **Curso de Direito de Família**. Florianópolis: Voxlegem, 2004.

CF. SCHULÜTER, Wilfred. **Código Civil Alemão: Direito de Família**. Trad. Elisete Antoneuk. Porto Alegre : Fabris, 2002.

CLEMENTINO, Marcos Bruno Miranda. **Algumas questões de direitos humanizáveis**. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/qdirhum.html>. Acesso em: 18 ago. 2011.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Fonseca. São Paulo: Ediouro, 1993.

CREMA, Luiz Gabriel Crema. **A possibilidade ético-jurídica do direito á origem genética na reprodução humana assistida heteróloga**. 2008. 117 f. Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação)-Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2008.

DIDIER, David. **L' insémination artificielle Humaine**. Aspects psychologiques. Paris: ESFs, 1984.

DINIZ, Geilsa Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos**. Análise e perspectivas jurídico-filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2.e. Aumentada e atualizada conforme o Novo Código Civil (Lei n. 10 406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. 4^a. ed. rev e atual, conforme a lei n.11.105/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Sócioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **As normas de direitos fundamentais para Robert Alexy**. Disponível em: <www.fazzio.pro.br/arts/Alexy.pdf>. Acesso em: 22 set. 2011.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Tycho B. **A Reprodução Assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito da família e do direito de sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas conseqüências nas relações de família: A Filiação e a Origem Genética sob a Perspectiva da Repersonalização**. 1º ed. (ano 2009), 1º reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

FOLHA DE SÃO PAULO *Apud* ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>>. Acesso em: 22 set. 2011

FRANÇA. Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

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

_____. **O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GASPAROTTO e RIBEIRO, Beatriz Rodrigues e Viviane Rocha. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, dias 20, 21 e 22 de Nov. 2008 .376f. Brasília – DF, 2008.

GIAMPICOLO, Giorgio. La tutela della persona umana e il c. d. diritto Allá riservatezza. Apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HRYNIESWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiúza. **O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

KOTTOW, M.H. **Introducion a la Bioética**. Chile: Editorial Universitária, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais: Bioética e Biodireito**. In: I Congresso Brasileiro de Direito da Família. **Anais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. O direito à ciência e às leis da Bioética. In : SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Procriações Artificiais e o Direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOBO, Paulo Luiz. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária**. In: Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil/coordenador:Rodrigo da Cunha Pereira.-Belo Horizonte:Del Rey,2004.

_____. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em 18 set. 2011.

_____. **Direito ao Estado de Filiação e direito á origem genética: uma distinção necessária**. In: Leituras Complementares de Direito Civil. Salvador: Editora jus PODIVM, 2010.

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

_____. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**. Para além do Número Clausus. Disponível em: <<http://jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 20 set. 2011.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida- controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARCELINO, Bárbara Reggiani. **Aspectos éticos e jurídicos da Reprodução assistida**. 2007. 93 fls. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

MATTOS, Fabiana Lopes Fernandes. **Filiação Heteróloga e os novos direitos**. 2009.25f. Artigo Científico (Pós-graduação)- Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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.

MENDES, Gilmar Ferreira. et. Alii. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito á identidade Genética. Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2774>>. Acesso em: 29 set. 2011.

NALINI. **Ética geral e profissional**. 4ª. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Refletindo o afeto nas Relações de Família. Pode o Direito impor o amor?**In: Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo, Salvador: Editora JusPodivim,2010.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. **Genoma humano, direito à intimidade e novo código civil: problemas e soluções**. Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS. Porto Alegre, v. 2, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 20 ago. 2011.

PEREIRA, Renata B. da Silva. **O Direito de Conhecer a Origem Biológica: uma abordagem Intergeracional**. Florianópolis: UFSC – CCJ – CPGD, 2003. (Tese de Doutorado).

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

Portal do Centro de Reprodução Nascer. **Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides**. Disponível em: <<http://centrodereproducaonascerc.com.br/tratamentos9.html>>. Acesso em 20.08.2011

Portal da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil-Enunciados aprovados**. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 20 set. 2011.

REICH, Waren. **Enciclopédia da Bioética**, 2 ed. New York: MacMillan, 1995: XXI.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: Elementos para o Estudo da manifestação da vontade do paciente. Coimbra: Coimbra, 2001.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigação político-jurídica sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Ltr, 2002.

SZANIAKSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAKEUCHI, T. et al. Does ICSI require acrosomal disruption? An ultrastructural study. **Human Reproduction**, v.19, 2004.

TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos, direitos humanizantes**. Disponível em: <www.pge.sp.vobr.br/tesedh/tese%230.htm>. Acesso em 18 ago. 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

**ANEXO A - RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA n°
1.957/2010**

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei n° 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto n° 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

RESOLVE

Art. 1° - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2° Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM n° 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010

ROBERTO LUIZ D'AVILA HENRIQUE BATISTA E SILVA
Presidente Secretário-geral

Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

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 quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

- 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.
- 3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.
- 4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
- 5 - É proibida a fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.
- 6 - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.
- 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.
- 2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraíndique a gestação na doadora genética.

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

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

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético 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.