

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DO DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL
E SUAS REPERCUSSÕES NA FILIAÇÃO CIVIL:
UMA ABORDAGEM *DE LEGE FERENDA***

OLGA JUBERT GOUVEIA KRELL

Tese de Doutorado

Área de Concentração: Direito Público

**Recife
2005**

OLGA JUBERT GOUVEIA KRELL

**O DIREITO FUNDAMENTAL À
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL
E SUAS REPERCUSSÕES NA FILIAÇÃO CIVIL:
UMA ABORDAGEM *DE LEGE FERENDA***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

Olga Jubert Gouveia Krell

O DIREITO FUNDAMENTAL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL E SUAS REPERCUSSÕES NA FILIAÇÃO CIVIL: UMA ABORDAGEM DE *LEGE FERENDA*

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lobo.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos.

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Prof. João Maurício Leitão, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Prof. Geraldo de Oliveira Santos Neves, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Profa. Fabíola dos Santos Albuquerque, Dra. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: Fabíola Santos Albuquerque

Profa. Heloisa Helena Gomes Barboza, Dra. UERJ

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Prof. Antônio da Silva Souto, Dr. UFPE

Julgamento: Aprovada Assinatura: [Assinatura]

Recife, 18 de março de 2005

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

*À minha pequena família (Andi e Moni),
sedimentada na imensidão de meu amor real,
concreto e vivaz que transborda para além dessa
vida passageira.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu querido esposo Andreas pelo incentivo constante, companheirismo e apoio incondicional na realização deste trabalho, sobretudo, nos momentos mais difíceis de minha vida.

À memória de vovó Edith, pelo exemplo de inesgotável amor à vida e pela certeza de que nunca é demais acreditar em nossos sonhos.

Ao meu pai, Ruy, por sua sincera preocupação com meu sucesso profissional.

À minha querida mãe, Liliani, pelos impagáveis e sábios conselhos sobre a arte de viver e conviver.

Ao Professor Doutor Paulo Lôbo que, para além de um orientador formal, se tornou também um amigo de todas as horas.

Aos membros da Pré-Banca, Professores Doutores João Maurício Adeodato e Fabíola Santos Albuquerque, que formularam valiosas críticas para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Aos eminentes professores desse digníssimo Programa de Pós-Graduação em Direito, na pessoa do Professor Doutor Raymundo Juliano, o seu eficiente Coordenador em tempos difíceis.

A todos os funcionários do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito do Recife, em especial, à Josi pelo apoio técnico indispensável à conclusão desse trabalho.

RESUMO

KRELL, Olga Jubert Gouveia. O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem *de lege ferenda*. 2005, 244 fls., Tese de Doutorado - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O trabalho discute as relações entre Bioética e Biodireito, com ênfase nas novas técnicas de reprodução humana assistida. Havendo, no Brasil, um vácuo legal sobre a matéria, parte-se da análise das normas de Ética médica, baseadas em princípios internacionalmente aceitos e aplicadas por órgãos colegiados, que devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais. Torna-se evidente que o legislador deverá efetuar uma ponderação equilibrada entre diferentes direitos fundamentais colidentes (ex.: vida X liberdade científica) para enfrentar temas como a experimentação com embriões, seu descarte, eugenia, terapias e manipulações genéticas. Além disso, indaga-se sobre a construção de um “direito fundamental à reprodução assistida”, com base nos direitos à liberdade, saúde, ao planejamento familiar e nos direitos da personalidade, sendo os limites postos pelos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da vida humana; é abordada também a questão polêmica do uso das técnicas de reprodução por mulheres solteiras e casais homossexuais. Torna-se evidente que a proteção da vida humana independe da atribuição da personalidade jurídica ao embrião. Por fim, é apresentada uma análise crítica de algumas técnicas de reprodução heteróloga e suas conseqüências no Direito de Família brasileiro, com várias referências à situação jurídica em outros países, para formulação de recomendações ao legislador nacional. Assim, discutem-se o sigilo do doador de gametas, o “direito à identidade genética”, à filiação, a fecundação *post mortem* e a maternidade substituída.

Palavras-chave: Bioética e Biodireito; direito fundamental à reprodução assistida; filiação civil.

ABSTRACT

KRELL, Olga Jubert Gouveia. The basic right to artificial human reproduction and its repercussions on Brazilian civil law of filiation: an approach *de lege ferenda*. 2005, 244 pages, Doctorate thesis - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

This thesis discusses the relationship between Bioethics and “Bio-Law”, with emphasis on the new techniques of assisted human reproduction. In Brazil, where still exists a legal vacuum about this subject, must be analyzed the norms of medical ethics, which are based on internationally accepted principles and implemented by collective administrative bodies. These rules have to be interpreted accordingly to the principles of the federal constitution, what involves a balancing between different colliding fundamental rights (e.g. life X liberty of scientific research), in order to find a adequate solution for problems like the experimentation with embryos, their destruction, eugenics, genetic therapies and manipulations. Furthermore, the thesis inquires about the construction of a “fundamental right to assisted procreation”, based on the basic rights of liberty, personality, health and family planning, being the limits put by the principles of the “best interests of child” and the dignity of human life. The approach includes the polemic question whether single women and homosexual couples also may use the new techniques of human reproduction. It becomes clear that protection of human life does not depend on the attribution of legal personality to the embryo. The author also analyses critically some techniques of heterologous reproduction and their impacts on the Brazilian family law, including references to the legal situation in other countries and culminating with the formulation of concrete recommendations to the national legislator about topics like the secret of identity of the sperm donator, the right to genetic identity, *post mortem* insemination and surrogate mothering.

Keywords: Bioethics and Bio-Law; basic right to assisted reproduction; civil law of filiation.

ZUSAMMENFASSUNG

KRELL, Olga Jubert Gouveia. Das Grundrecht auf künstliche Fortpflanzung in Brasilien und seine Auswirkungen im zivilen Abstammungsrecht: eine Untersuchung *de lege ferenda*. 2005, 244 S., Promotionsschrift - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Diese Arbeit erörtert die Beziehungen zwischen Bioethik und Biorecht, mit Schwerpunkt auf den neuen Techniken der künstlichen Fortpflanzung. Da in Brasilien auf diesem Gebiet ein rechtliches Vakuum besteht, werden die Normen der ärztlichen Ethik untersucht, welche auf international anerkannten Prinzipien beruhen und von kollektiven Gremien angewendet werden, wobei ihre Auslegung im Einklang mit den Prinzipien der Verfassung stehen muss. Dabei wird klar, dass der Gesetzgeber eine ausgewogene Abwägung zwischen verschiedenen Grundrechten vorzunehmen hat (z.B.: Leben X Forschungsfreiheit), um Themen wie das Experimentieren mit Embryonen, deren Zerstörung, Eugenie sowie genetische Therapien und Manipulationen in Angriff zu nehmen. Darüberhinaus wird die Konstruktion eines "Grundrechts auf künstliche Fortpflanzung" untersucht auf der Grundlage der Rechte auf Freiheit, Gesundheit, Familienplanung und der Persönlichkeitsrechte, wobei diesem Recht Schranken gezogen werden durch die Prinzipien des Kindeswohls und der Würde des menschlichen Lebens. Ausserdem wird auf die umstrittene Frage des Gebrauch der Fortpflanzungstechniken seitens alleinstehender Frauen und homosexueller Partner eingegangen. Dabei stellt sich heraus, dass der Schutz des menschlichen Lebens nicht von der Zuerkennung des rechtlichen Personen-Status an den Embryo abhängt. Im letzten Teil der Arbeit wird eine kritische Analyse einiger künstlicher Fortpflanzungstechniken und deren Auswirkungen im Familienrecht vorgenommen, und dies unter Hinweis auf die Lösungen zahlreicher ausländischer Rechtsordnungen, um Empfehlungen für den einheimischen Gesetzgeber formulieren zu können. So werden erörtert: der Anonymitätsschutz der Samenspender und Eizellenspenderinnen, das Recht auf genetische Identität, die Befruchtung mit Samen eines verstorbenen Partners und die Leihmutterchaft.

Stichworte: Bioethik und Biorecht; Grundrecht auf künstliche Fortpflanzung; ziviles Abstammungsrecht.

“É correto, então, dizer que é mediante a prática de atos justos que o homem se torna justo, e é mediante a prática de atos moderados que o homem se torna moderado; sem os praticar, ninguém teria sequer remotamente a possibilidade de tornar-se bom. Muitos homens não os praticam, mas se refugiam em teorias e pensam que estão sendo filósofos e assim se tornarão bons, procedendo de certo modo como pacientes que ouvem atentamente seus médicos, mas nada fazem do que lhes é prescrito.”

(Aristóteles. **Ética a Nicômacos**. Trad.: Mário da G. Cury. 4. ed. Brasília: UnB, 2001, p. 39.)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BVerfGE	=	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Coletânea das decisões da Corte Constitucional da Alemanha)
CC	=	Código Civil
CEP(s)	=	Comitê(s) de Ética em Pesquisa
CF	=	Constituição Federal (do Brasil, de 1988)
CFM	=	Conselho Federal de Medicina
CNS	=	Conselho Nacional de Saúde
DNA	=	<i>Desoxirribonucleic Acid</i> (= ADN - Ácido Desoxirribonucléico)
ECA	=	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	=	Estados Unidos da América
LF	=	Lei Fundamental (da Alemanha, de 1949)
STF	=	Supremo Tribunal Federal
STJ	=	Superior Tribunal de Justiça
SUS	=	Sistema Único de Saúde
TJSP	=	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	=	Tribunal Regional Federal
TRHA	=	Técnicas de Reprodução Humana Assistida
UNESCO	=	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i> (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 13
1. Da Bioética ao Biodireito: uma passagem difícil	p. 20
1.1 Conteúdo e função da Bioética.....	p. 20
1.2 A natureza e as características das normas de Ética profissional e sua aplicação..	p. 27
1.3 A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.....	p. 32
1.4 O “princípioalismo” da Bioética moderna e a sua recepção no Brasil.....	p. 35
1.5 Críticas ao Relatório Belmont; construção da solução no caso concreto.....	p. 41
1.6 A importância da Bioética para a criação das normas do Biodireito.....	p. 45
1.7 Adequação de regras proibitivas e normas principiológicas sobre o emprego das técnicas de reprodução assistida.....	p. 50
1.8 O modelo latino-americano de Bioética na saúde pública.....	p. 54
2. Os conflitos do Biodireito e as normas principiológicas da Constituição	p. 59
2.1 Aproximação do Direito à Ética através da principiologia constitucional.....	p. 59
2.2 Os princípios como normas jurídicas.....	p. 65
2.3 A harmonização dos direitos fundamentais conflitantes como desafio para a futura legislação.....	p. 69
2.4 Direitos de proteção ao patrimônio genético como direitos humanos da “quarta geração”?.....	p. 73
2.5 As técnicas de reprodução assistida, a manipulação genética e a liberdade de investigação científica.....	p. 76
2.6 A importância e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.....	p. 83
2.7 Análise dos diferentes tipos de manipulação genética e a Lei de Biossegurança (8.974/95).....	p. 90
3. O direito à reprodução assistida como direito fundamental no âmbito da Constituição Brasileira	P. 95
3.1 Introdução.....	p. 95
3.2 Os direitos fundamentais “fora do catálogo”; abertura material.....	p. 97
3.3 Bases constitucionais para um direito à reprodução humana assistida.....	p. 101
3.3.1 O direito fundamental à liberdade.....	p. 101
3.3.2 Proteção constitucional à entidade familiar e do planejamento familiar.....	p. 103
3.3.3 O direito à saúde.....	p. 107
3.3.4 Os direitos da personalidade e o uso das técnicas de reprodução assistida por parte de mulheres solteiras e de parceiros homossexuais.....	p. 110
3.4 Limites iminentes do direito fundamental à reprodução assistida.....	p. 118
3.4.1 Nenhum direito fundamental sem limites.....	p. 118

3.4.2 A inviolabilidade da vida humana e seu início biológico.....	p. 120
3.4.3 As doutrinas “natalista” e “concepcionista”: a proteção do embrião <i>in vitro</i> ..	p. 126
3.4.4 A proteção constitucional da criança e do adolescente; o princípio do “melhor interesse da criança”	p. 134

4. As principais questões jurídico-civis ligadas às Técnicas de Reprodução

Assistida e o seu tratamento <i>de lege lata</i> e <i>de lege ferenda</i>	p. 139
4.1 Aspectos introdutórios da “constitucionalização” do Direito Civil.....	p. 139
4.2 A constitucionalização do Direito de Família e seus reflexos no direito de reprodução artificial.....	p. 144
4.3 O tratamento dos principais assuntos ligados à reprodução humana assistida em algumas legislações estrangeiras.....	p. 151
4.4 O direito à identidade pessoal e o sigilo do doador de gametas.....	p. 156
4.4.1 Filiação civil resultante da reprodução assistida <i>heteróloga</i> : vínculos constitutivos, requisitos formais e objetivos.....	p. 156
4.4.2 A presunção da paternidade e a sua impugnação.....	p. 165
4.4.3 A identidade pessoal (absoluta e relativa) como direito fundamental da personalidade.....	p. 170
4.4.4 O sigilo do doador nos recentes projetos de Lei sobre as TRHA.....	p. 174
4.4.5 O direito à identidade pessoal e sua ponderação no sistema constitucional brasileiro.....	p. 176
4.4.6 Direito à identidade genética e direito à filiação: distinções.....	p. 183
4.5 A filiação originária da fecundação homóloga <i>post-mortem</i>	p. 188
4.6 A maternidade substituída e a “barriga de aluguel”.....	p. 191

5. Conclusões e perspectivas.....

Referências Bibliográficas.....

ANEXOS.....

I - Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.....	p. 221
II - Projeto de Lei do Senado Federal n. 90, de 1999 (<i>1º Substitutivo</i>), sobre as Técnicas de Reprodução Assistida, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 19.04.2000, do Relator Sen. Roberto Requião.....	p. 225
III - Projeto de Lei do Senado Federal n. 90, de 1999 (<i>2º Substitutivo</i>), sobre as Técnicas de Reprodução Assistida, aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais do em 20.3.2003, do Relator Sen. Tião Viana.....	p. 234
IV - Projeto de Lei n. 9, de 2004. Redação final do Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara n. 2.401, de 1993 (na Casa de origem), que revoga a Lei de Biossegurança (8.974/95).....	p. 243

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta a tese de que existe, no sistema jurídico brasileiro, um direito fundamental ao uso das técnicas de reprodução humana assistida (TRHA), analisando se o direito à reprodução assistida, que não é expresso no texto da Constituição Federal (CF) brasileira de 1988, pode ser construído a partir dos direitos fundamentais ao planejamento familiar e de constituir família, do direito à saúde sexual e do direito à liberdade.

Por outro lado, esclarecer-se-á como o direito constitucional à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da futura criança são capazes de constituir os limites à utilização das técnicas de reprodução artificial.

Ao mesmo tempo, a tese pretende pontuar algumas questões polêmicas da filiação civil resultantes das TRHA, no âmbito do Direito de Família, e oferecer propostas jurídica e eticamente viáveis para sua regulamentação.

Para este fim, serão investigadas as concretas possibilidades da futura lei brasileira sobre o tema, levando-se em consideração sempre as propostas dos diferentes Projetos de Lei referentes à matéria que tramitam no Congresso Nacional.

Além disso, o trabalho objetiva traçar os limites da liberdade científica referentes às pesquisas com embriões humanos, os quais devem ser protegidos com base na dignidade da pessoa e da vida humana, que, para além de um dado originariamente ético, hoje representa também um princípio fundamental do Direito positivo brasileiro.

Queremos destacar, desde o início, que a nossa proposta não tem a pretensão de desenvolver uma “Ética nova” capaz de responder a todas as indagações sobre a temática, até porque a Bioética, como ramo específico da Ética, fornece uma infinidade de paradigmas possíveis. Ao mesmo tempo, não será possível tratar, dentro dos limites deste

trabalho, do complexo problema da necessidade de uma vinculação entre o Direito e a Moral, tema este que adentraria as extremas profundidades da Filosofia do Direito.

É comum se afirmar que na modernidade o conhecimento é transitório, tendo em vista as acelerações determinadas pelas incessantes descobertas tecnológicas, o que torna, a cada instante, ultrapassadas as conquistas precedentes. A desejável harmonia entre o desenvolvimento científico e o mundo dos valores implica uma resposta a vários questionamentos, dentre eles, os limites do direito à liberdade científica e as consequentes restrições para as atividades de pesquisa.

Nas últimas décadas houve numerosas atrocidades cometidas em nome da Ciência, verdadeiros ataques à dignidade da pessoa humana, como os famosos casos das injeções de células cancerosas vivas em idosos doentes, os homens negros sífilíticos que ficaram sem o tratamento para que se pudesse observar o curso da doença, e a inoculação do vírus de hepatite em crianças com retardo mental.¹

A reprodução medicamente assistida do ser humano surgiu nesse contexto de descobertas e de experiências científicas. De logo, constata-se que as conseqüências da má utilização da reprodução artificial podem ocorrer quando os casais recorrem às clínicas médicas não apenas com o intuito de remediar um problema de infertilidade, mas dispostos a provocar mudanças nos caracteres fenotípicos de seus futuros filhos ou simplesmente a escolher o seu sexo.

Todavia, parecem pouco consistentes os argumentos utilizados para recusar peremptoriamente a reprodução assistida, como a alegada ilicitude do ato de intervenção humana nos processos naturais, baseada na pretensão humana de se tornar “criador”, ou o

¹ Cf. MINAHIM, M. Auxiliadora. A vida pode morrer? In: BARBOZA, Heloísa H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 108s.

argumento de que somos um país com muitos órfãos e crianças abandonadas, sendo desnecessárias as TRHA para que as pessoas possam ter filhos.

Ao mesmo tempo, a reprodução assistida é julgada por alguns como um desvio do processo natural do ato sexual, como se fosse uma separação injustificada entre conjunção carnal e ato procriativo. Evidentemente que essa alegação não procede, até porque o ato em si deve ser compreendido como uma simples intervenção médica, dotada de efeitos altruísticos.

A regulamentação parlamentar das TRHA, cujo processo legislativo está em pleno curso no Congresso Nacional, se impõe como algo premente, visto que cada problema social que envolve a utilização desses novos meios científicos merece uma resposta concreta e célere dos órgãos administrativos e dos tribunais.

É objeto do Primeiro Capítulo a apresentação das origens e do conteúdo material da Bioética, com referência às diversas propostas doutrinárias, o que envolve a abordagem dos principais paradigmas bioéticos, inclusive aquele adotado pelos estudiosos brasileiros, e a sua inserção na realidade das TRHA numa sociedade periférica.

São tratados os pontos de interdependência entre normas bioéticas e jurídicas e a questão de que forma a utilização do moderno “princípioalismo” da Bioética nas instâncias decisórias pode levar a decisões justas nos casos concretos. Sendo assim, enfatiza-se que a Bioética enquanto *Ética aplicada* sugere o caminho ético a ser observado nas questões relativas à reprodução assistida; trata-se de uma deontologia médica, visto que a temática pertence à seara da medicina reprodutiva.

Nesse contexto, é de se indagar também se o legislador ao elaborar normas sobre reprodução assistida deve tomar decisões contrárias aos preceitos éticos que regem a conduta médica, o que levaria certamente a um conflito entre os representantes desta classe

profissional, os quais, para poderem cumprir a lei, teriam que ferir os preceitos éticos compartilhados pelos membros da categoria.

São os três princípios clássicos da Bioética (autonomia, beneficência e justiça) que devem guiar a elaboração da nova legislação brasileira sobre as TRHA e a pesquisa em pré-embriões. A própria Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que disciplina o uso das TRHA no Brasil, consagrou em especial o princípio da *beneficência*, na medida em que considera essas técnicas um remédio eficaz contra a infertilidade humana e as doenças geneticamente transmissíveis ligadas ao sexo.

O Segundo Capítulo traz um estudo dos princípios constitucionais como elo entre a Bioética e o Biodireito e as necessárias limitações do direito à liberdade científica. O Direito Constitucional moderno está inserido num sistema aberto e numa linguagem menos predeterminada, canalizando juridicamente certos valores fundamentais da sociedade. São, portanto, as normas principiológicas constitucionais sobre a dignidade humana, o direito à vida, o direito à liberdade etc., que, devido a sua alta carga axiológica, cumprem a função de fundamento ético às regras legais sobre as TRHA a serem elaboradas.

Com efeito, em um tempo marcado pela instabilidade social e em que os significados ético-morais são constantemente questionados e reformulados, parece pouco adequada uma moldura rígida de regras jurídicas para resolver as variadas situações técnico-científicas ligadas à reprodução assistida. Da mesma forma que é difícil universalizar valores éticos em sociedades diferentes, torna-se indispensável o respeito à moralidade peculiar de cada comunidade quando se trata de assuntos tão essenciais.

O princípio da dignidade humana será analisado como atributo da pessoa humana e, também, da *vida* humana como conceito mais amplo, capaz de fixar limites às atividades ligadas às TRHA, sem que possa haver um uso indiscriminado deste termo, que, muitas

vezes, está sendo alterado para encobrir as preferências ideológicas e/ou religiosas daquele que o emprega.

No Terceiro Capítulo será analisado um possível direito fundamental à procriação assistida, na base dos direitos à liberdade e de se constituir uma família, independentemente de sua origem natural ou artificial, do direito ao planejamento familiar, além dos direitos à saúde e à privacidade.

Ao mesmo tempo, aprofunda-se o estudo sobre o direito fundamental à vida, bem como a proteção constitucional da criança e do adolescente, como marcos de referência do legislador pátrio. Pretende-se mostrar que o tradicional conceito jurídico-civil de *personalidade* jurídica não deve, necessariamente, ser aplicável às novas realidades científicas, especialmente aos pré-embriões humanos que se encontram armazenados em laboratório.

O Quarto Capítulo tem como objeto de análise o fenômeno da “constitucionalização” do Direito de Família, que dá ênfase às grandes modificações ocorridas nos últimos tempos, referentes à maternidade e paternidade em virtude das novas técnicas de reprodução artificial; faz-se também uma releitura da filiação civil à luz dos princípios e normas constitucionais.

Nesse contexto, serão questionados alguns pontos temáticos da seara do Direito de Família que se relacionam diretamente com as conseqüências jurídicas das TRHA, como a reprodução heteróloga, o anonimato do doador de sêmen, a fecundação *post-mortem* e a maternidade de substituição. Estes pontos continuam altamente polêmicos, sendo a nossa proposta a formulação de sugestões de regulamentação para o legislador nacional. São apresentadas, inclusive, notas de diversas legislações estrangeiras sobre o tema que, por serem pioneiras em se manifestar sobre as TRHA, serviram de parâmetro, sem pretensões de análises comparativas mais aprofundadas.

O *método* empregado neste trabalho é o *dedutivo*,² dentro de uma visão interdisciplinar, na encruzilhada dos direitos fundamentais com o Direito de Família, para se chegar a uma abordagem coerente dos diferentes problemas situados no âmbito das TRHA. Parte-se do “dado genérico conhecido”, formado pelos direitos fundamentais da CF de 1988, os princípios bioéticos e de outras regras do sistema jurídico, para atingir um objeto ainda desconhecido, qual seja, as futuras normas que possam fundamentar e limitar, de forma adequada, o direito à procriação artificial no Brasil.

Em relação às referências bibliográficas, opta-se pelo “sistema completo”, por ser o mais cômodo para o leitor.³

Os termos *procriação* e *reprodução* são empregados de forma sinônima – com preferência nossa para o último –, visto que a prática médica costuma usar essas expressões de forma indistinta.⁴ É de frisar também que os doutrinadores jurídicos brasileiros (e de língua portuguesa em geral) também não se valem de uma terminologia unificada.

Na abordagem das diferentes técnicas de reprodução utilizamos o termo “fecundação” assistida, evitando-se o conceito “inseminação”, preferido por alguns autores. Isto porque a inseminação artificial é definida como “processo de fecundação que consiste na introdução, por meio de recursos artificiais, de sêmen nas vias genitais femininas”,⁵ não sendo, portanto, o ato da inseminação (que pode surtir efeito ou não) o decisivo para a geração da prole, mas a própria *fecundação*.

² PERILLO, Emanuel A. **Curso de introdução ao Direito**, 1975, p. 26. Diz o autor: “A dedução, também conhecida por método de abstração, do apriorismo, do raciocínio, do idealismo, da especulação, enfim da metafísica, é o processo por meio do qual, partindo-se do geral conhecido, atingem-se particulares que se desconhecem”. Em outros termos: o método de abordagem dedutivo caracteriza-se quando uma preposição teórica geral é aplicada a um caso concreto. Na mesma linha: BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 76.

³ Cf. ADEODATO, João M. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, n. 8, Recife, 1997, p. 215s.

⁴ Cf. GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 12s.

CAPÍTULO I

DA BIOÉTICA AO BIODIREITO: UMA PASSAGEM DIFÍCIL

1.1 Conteúdo e função da Bioética; 1.2 A natureza e as características das normas de Ética profissional e sua aplicação; 1.3 A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina; 1.4 O “principlismo” da Bioética moderna e a sua recepção no Brasil; 1.5 Críticas ao Relatório Belmont; construção da solução no caso concreto; 1.6 A importância da Bioética para a criação das normas do Biodireito; 1.7 Adequação de regras proibitivas e normas principiológicas sobre o emprego das técnicas de reprodução assistida; 1.8 O modelo latino-americano de Bioética na saúde pública.

1.1 Conteúdo e função da Bioética

⁵ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1116.

No uso diário das palavras *Ética* e *Moral*, muitas vezes há confusão de sentido. Elas não significam a mesma coisa: a primeira deriva dos termos gregos *ethos* e *ethiké* (= “lugar onde se habita” e “modo de ser”)⁶ e a segunda do latim *mos-mores*, que pode ser traduzida como “costumes”, isto é, um conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática. Apesar do emprego sinônimo por alguns autores,⁷ os conceitos devem ser distintos.

A categoria fundamental da *Ética* e da *Moral* é o *dever*, como ele existe na *práxis* do ser humano. A *Ética* estuda o dever que recai sobre certas ações humanas. Ao contrário, o dever *moral* se instala numa dimensão estritamente pessoal e íntima, isto é, na consciência dos indivíduos.⁸

Para Bittar, a *Ética* está intimamente ligada à *razão prática*, alimentada pelo raciocínio que orienta a ação e “relacionada com a capacidade humana de delinear sobre meios e fins na realização de suas atividades”.⁹ Assim, a *Ética* tenta responder a *problemas gerais* que devem ser investigados de forma teórica. Ao mesmo tempo, uma “teoria ética” pode e deve influir no comportamento prático-moral dos indivíduos no dia-a-dia da sua vida profissional e privada, para ajudar a responder em cada situação concreta à pergunta: o que se deve fazer?

Se a ética revela uma relação entre o comportamento moral e as necessidades e os interesses sociais, ela nos ajudará a situar no devido lugar a moral efetiva, real, de um grupo social que tem a pretensão de que seus princípios e suas normas tenham validade universal (...). O ético transforma-se assim numa espécie de legislador do comportamento moral dos indivíduos ou da comunidade.¹⁰

⁶ Leite informa que, para o Conselho Nacional de *Ética* da França, o termo *Ética* tem uma outra origem etimológica, o termo *ithos*, que significa “conduta da alma”; cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 135.

⁷ Cf. OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Biodireito**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 37s.

⁸ VALLS, Ramon. *Ética para la Bioética*. In: CASADO, M. (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 17ss.

⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

¹⁰ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 7ss.

Assim, fica claro que a Ética não cria a Moral, mas representa “a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”;¹¹ ela “aparece como a intuição da maneira de bem viver no meio social”.¹²

Ao mesmo tempo, a Ética não é mera constatação sociológica, mas proposição ou projeção de fins, perguntando pelo sentido de algo e pelo por que se faz algo.¹³ Ela é uma disciplina normativa, não por *criar normas*, mas por descobri-las e elucidá-las, mostrando às pessoas os valores e princípios que devem nortear sua existência,¹⁴ constituindo, “além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ doutrina, a teoria do conhecimento e realização deste desiderato”.¹⁵

Para Reale, a Ética, vista pela consciência individual,

toma o nome de Moral, que, desse modo, pode ser considerada a Ética da subjetividade, ou do bem da pessoa. Quando, ao contrário, a ação ou conduta é analisada em função de suas relações intersubjetivas, implicando a existência de um bem social (...), a Ética assume duas expressões distintas: a da Moral Social (Costumes e Convenções sociais); e a do Direito.¹⁶ (Grifos no original.)

Valls afirma que a Ética clássica não chegou a nós intocada, mas passou à cultura latina com o nome Moral (*mos = ethos*), profundamente modificada pelas escolas helenistas (estoicismo e epicurismo) e, depois, pelo cristianismo medieval. Recorda que a Filosofia vinculou, desde as suas origens, a Ética à discussão política e ao Direito, razão pela qual a Bioética deveria evitar excessos individualistas e moralizantes.¹⁷ Assim se fala de Ética quando para enfatizar características processuais, contextuais e sociais, a partir das

¹¹ *Idem*, p. 12.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 135.

¹³ JUNGES, José Roque. **Bioética - perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 260s.

¹⁴ NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30s.

¹⁵ ADEODATO, João M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 139, 185.

¹⁶ REALE, Miguel. **Noções preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 39.

quais se estabelecem juízos argumentativos e reflexivos que podem materializar-se em normas e instituições.¹⁸

A Bioética, como ramo da Ética geral, pode ser conceituada como “o estudo dos problemas criados pelo progresso médico e biológico, tanto a nível micro como macrossocial, e sua repercussão na sociedade e no seu sistema de valores, tanto no momento atual como no futuro”.¹⁹ Para outros, “Bioética é um estudo interdisciplinar, ligado à Ética, que investiga na área das ciências da vida e da saúde, totalidade de condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular”.²⁰

De qualquer maneira, a Bioética é um campo interdisciplinar na medida em que aproxima o esforço de profissionais dos mais variados campos do conhecimento humano (filósofos, teólogos, sociólogos, juristas, médicos, biólogos, psicólogos), contribuindo para explicar de que forma uma descoberta científica e os resultados práticos de sua aplicação poderão ou não comprometer os valores humanos fundamentais.

Leite afirma que “o que gerou o nascimento da bioética foi a necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas”, sendo que “o desenvolvimento das tecnologias modernas aniquilou os consensos antigos, os ideais e as regras que animavam as condutas coletivas e individuais, as práticas profissionais”.²¹

Com o passar do tempo, o termo adquiriu um significado específico e científico. No início, a Bioética preocupou-se com os estudos de problemas éticos gerados pelo avanços

¹⁷ VALLS, Ramon. Ética para la Bioética. In: CASADO, María (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 17ss.

¹⁸ HERNÁNDEZ, Tosca. Lo ético e lo jurídico normativo en la práctica científica-tecnológica posmoderna. **Fronesis**, vol. 4, n. 1, 1997, p. 22.

¹⁹ ABEL, Francis. **La vida humana: origen y desarrollo**, 1989 *apud* HOOFT, Pedro F. **Bioética y derechos humanos**. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 4.

²⁰ SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito *in vitro*: da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 12.

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: Bioética e Biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 148;

da biologia e da medicina, para atualmente se firmar como uma metodologia de confronto interdisciplinar entre ciências médicas e ciências humanas.

Com a Bioética consagra-se a necessidade de um repensar, ou melhor, de uma reflexão sobre as questões éticas levantadas pelos avanços científicos; ela visa à conciliação do desenvolvimento da tecnociência com as exigências morais da sociedade.²² As principais temáticas para o estudo da Bioética são, para a maioria dos autores: genética, reprodução humana assistida, pesquisa biomédica, saúde pública, meio ambiente, códigos e juramentos de ética.²³

Enquanto ramo da ética aplicada, a Bioética tratou, desde logo, de propor soluções aos conflitos de valores que demandavam dos avanços tecnológicos e refletir criticamente a tendência pragmática da sociedade moderna tendente a aplicar imediatamente o conhecimento científico sem questionamentos de índole moral, no sentido de analisar se aquele ato científico poderá ou não trazer conseqüências danosas ou benéficas ao ser humano.²⁴

Repise-se, o novo ramo da Ética, a Bioética, é a primeira tentativa de respostas às exigências morais da comunidade científica, até porque a sociedade, até então, desconhecia o que estava acontecendo nos grandes laboratórios de pesquisa. As informações à

²² MEIRELLES, Jussara M. Leal de. Bioética e Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa H. *et alii* (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 88s.

²³ O famoso *Kennedy Institute of Ethics*, pioneiro na área de Bioética, trabalha com os seguintes temas: Ética, Bioética, Filosofia da Biologia, Filosofia da Medicina, Ciência, tecnologia e sociedade, códigos da Ética profissional, Sociologia da Medicina, relação profissional-paciente, assistência à saúde, sexualidade, contracepção, aborto, população, tecnologias reprodutivas, genética, Biologia molecular e microbiologia, qualidade ambiental, experimentação humana, dimensões política e internacional da Biologia e Medicina, direitos dos animais, entre outros.

²⁴ Cf. SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**, 1996, p. 24.

sociedade só chegavam quando o produto final das pesquisas estivesse completamente findo.²⁵

Exemplos como o movimento eugênico do início do século XX, que animou a criação em diversas nações de sociedades com estes fins, e as medidas moralmente regressivas adotadas nos EUA, onde se esterilizavam pessoas contra a sua vontade, por serem retardados mentais ou delinqüentes,²⁶ demonstraram a necessidade de um questionamento crítico, e sobretudo ético, sobre o comportamento dos profissionais da medicina.

Na verdade, o estudo ético da reprodução assistida é mais abrangente que a simples disciplina da conduta ética dos cientistas e pesquisadores. A Bioética distingue-se da ética estritamente profissional, visto que trata da análise teórica das condições e possibilidades dos valores e princípios que ordenam o espaço social, na tentativa de conciliar os mesmos com o avanço científico.

Entretanto, não é da alçada da Bioética definir dogmaticamente um código de normas substantivas que sirva de guia ou vetor para as políticas públicas de saúde e de pesquisa biológica. Antes disso, ela pretende “analisar as condições racionais para a existência de argumentos, fundadores de princípios, que serão materializados através da ordem jurídica, e visem resguardar a pessoa humana e os seus descendentes”.²⁷

Hironaka sublinha que é função da Bioética o levantamento de questões que alinhem a possibilidade de acerto e de erro, de benefício e de malefício, que decorrem do

²⁵ Cf. BARRETTO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. *In*: BARRETTO, V. de P.; BARBOZA, H. H. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 41.

²⁶ Cf. MATEO, Ramón M. **Bioética y Derecho**, 1987, p. 19s.

²⁷ Cf. BARRETTO, Vicente de P. Bioética, Biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo L. (coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999, p. 394.

uso indiscriminado, não autorizado e não regulamentado das várias técnicas da biotecnologia que, direta ou indiretamente, venham a atingir a dignidade da pessoa humana. Entretanto, cabe ao Direito traçar as exigências mínimas que harmonizem os avanços científicos com os valores fundamentais do ser humano.²⁸

A Ética médica enquanto saber isolado não responde às indagações que surgiram com a biotecnologia genética, e necessita de uma abordagem política, filosófica, psíquica e jurídica, dando margem a um estudo interdisciplinar.

Sgreccia elenca as principais correntes que expressam as várias possibilidades de escolhas morais na prática do ato científico e que, possivelmente, encontram-se subentendidas ou mesmo acatadas por diversos órgãos não estatais, comitês e centros bioéticos dos hospitais e institutos de pesquisa: são os modelos sociobiológico, liberal-radical ou subjetivista, pragmático-utilitarista, personalista e o principialista.²⁹

Esses modelos ou paradigmas éticos, ao longo dos anos, procuraram justificar o ato moral durante a pesquisa científica, entretanto, não se confundem com o discurso de racionalidade ética atual da Bioética, qual seja, a observância do princípio da dignidade humana enquanto fonte de inspiração às futuras normas jurídicas.³⁰

Ao mesmo tempo, lembra Ferreira,

não é fácil para o pesquisador-cientista aceitar e compreender a sua responsabilidade diante do outro, quando por diversos mecanismos de ordem racional, moral, econômica etc. lhe faltam as condições necessárias para dar ao 'outro' um lugar de sujeito no espaço de suas argumentações.³¹

Portanto, não restam dúvidas que é muito difícil controlar a conduta médica, tanto no processo de investigação científica quanto na aplicação de TRHA.

²⁸ HIRONAKA, Giselda. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. **Rev. Brasileira de Direito Comparado**, 2002, p. 111.

²⁹ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**, 1996, p. 68ss.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**, 2001, p. 365.

Atualmente, as principais instâncias de controle e regulamentação das práticas de pesquisa aplicada aos seres humanos são os *Comitês de Ética em Pesquisa* (CEP), compostos por profissionais especialistas de quaisquer áreas do conhecimento humano, contando com a participação, inclusive, de representantes da sociedade civil. Cerca de 300 CEP existem em universidades, institutos de pesquisa e hospitais brasileiros, sendo a sua atuação “uma conquista para os valores e fundamentos intrínsecos à qualidade do saber produzido, seja teórico ou prático”.³²

A Ética que deve nortear particularmente a regulamentação das TRHA é aquela que não pretenda se estabelecer a partir de um corpo de moralidade canônica, estabelecida por autoridade religiosa ou mesmo política e econômica. Antes, ao revés, procura suas respostas numa sociedade pluralista que não abrange uma única resposta aos problemas morais, mas oferece múltiplas e variadas interpretações de códigos morais pertencentes a diversas comunidades inseridas numa sociedade. Encara-se a lógica do pluralismo como um instrumento de negociação pacífica das instituições morais.³³

1.2 A natureza e as características das normas de Ética profissional e sua aplicação

A Bioética pode ser caracterizada como uma “Ética aplicada”, que representa um “movimento intelectual que surgiu nos Estados Unidos nas últimas décadas e que promove a reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos propostos pelo

³¹ FERREIRA, Erinalva M. Da responsabilidade ética do pesquisador aos direitos dos sujeitos pesquisados. *In*: SARMENTO, George (org.). **Direitos humanos e Bioética**, 2002, p. 71.

³² *Idem*, p. 73ss.

³³ Cf. BARRETTO, Vicente de P. Bioética, Biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo L. (coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999, p. 394.

desenvolvimento da civilização tecnológica contemporânea”.³⁴ O seu método se apresenta na seguinte forma: primeiro são fixados (ou “descobertos”) os princípios éticos a serem adotados, para, depois, aplicar os mesmos aos casos concretos, procedimento que segue a racionalidade do silogismo *dedutivo*.

Pode-se afirmar que as regras bioéticas existem somente na medida em que são interiorizadas e aceitas pelos médicos, biólogos etc. No entanto, a Bioética já foi, parcialmente, transformada em normas e, portanto, saiu do âmbito interno das regras morais de comportamento. Isto porque, com o progresso científico-tecnológico, surgiram as chamadas “Éticas aplicadas”, que são produzidas em determinados âmbitos sociais através de um diálogo, com a participação de pessoas e grupos com interesses compartilhados.³⁵

Este procedimento, na verdade, lembra muito a aplicação de normas jurídicas, visto que há também instâncias de autoridade, como conselhos profissionais ou Comissões de Ética, que podem determinar sanções graves, como a suspensão do registro profissional. A Bioética aplicada, portanto, vai muito além da idéia de um sistema de valores e deveres que vinculam o indivíduo somente na sua “esfera interna” de consciência; sua infração leva a uma reprovação da comunidade.

É um sistema de normas jurídicas de ética profissional que prescrevem determinados comportamentos no exercício da profissão de médico, biólogo, sanitarista etc., cujo não atendimento nos casos concretos pode desencadear processos formais de responsabilização. Por isso, a Ética aplicada também dispõe de meios coercitivos e usa a

³⁴ FROSINI, Vittorio. **Derechos humanos e Bioética**, 1997, p. 75 *apud* BARBOZA, Heloisa H. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H. H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 52.

³⁵ HERNÁNDEZ, Tosca. Lo ético e lo jurídico normativo en la práctica científica-tecnológica posmoderna, **Fronésis**, vol. 4, n. 1, 1997, p. 22.

força institucional para exigir o cumprimento de suas ordenações, característica que normalmente se atribui somente ao Direito.

Tradicionalmente, os estudos consagrados às relações entre o direito e a moral insistem, dentro de um espírito Kantiano, naquilo que os distingue: o direito rege o comportamento exterior, a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo Poder, a moral escapa às sanções organizadas.³⁶

Na verdade, há uma interdependência necessária entre Ética e Direito. A ordem jurídica remete à moral a fim de justificar a sua validade, baseada nos valores que sustentam a ordem constitucional, sendo que “ordenações jurídicas que não têm base ética não conseguem impor-se”.³⁷

No entanto, devemos lembrar com Atienza que a Ética, a princípio, tem a característica de ser *única*, no sentido de que são os mesmos princípios éticos que valem em qualquer âmbito do humano, não podendo haver uma ética na política que seja contraposta à da vida privada, residindo a diferença na intensidade e conformação que os diferentes princípios éticos assumem em cada área particular da vida do homem.³⁸

No Brasil, o Código de Ética Médica (1988) se refere, em alguns dos seus artigos,³⁹ às novas técnicas reprodutivas e estabelece vedações cuja fiscalização é atribuída aos Conselhos Regionais e Federal de Medicina.⁴⁰ Os Conselhos de Medicina são *autarquias corporativas*, isto é, pessoas jurídicas de Direito Público, de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas, de forma descentralizada.⁴¹

³⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 298.

³⁷ JUNGES, José R. **Bioética – perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 123.

³⁸ ATIENZA, Manoel. Juridificar la Bioética. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales**. México: ITAM, 1999, p. 82s.

³⁹ Arts. 67, 68, 122 e 127.

⁴⁰ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 76.

⁴¹ Cf. FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 128, 132.

Estes órgãos colegiados da categoria regulamentam as relações profissionais e positivam normas deontológicas, adotadas por uma determinada coletividade como próprias. Estas normas representam um *standard* de excelência no exercício de determinadas profissões e podem ir além das jurídicas, porém não contraditá-las.⁴²

Neves destaca que muitos não percebem que as normas éticas das profissões liberais que se formaram no seio da profissão, e que eram acatadas autonomamente pelos profissionais, foram codificadas e depois tornadas jurídicas, com o estabelecimento do dever jurídico de cumpri-las. E, apesar as normas da ética profissional continuem tendo um cunho moral, o seu cumprimento não mais depende da livre adesão de cada destinatário. O Estado, através de órgãos próprios, as impõe coercitivamente, devido a sua alta relevância social. “Trata-se de normas jurídicas e morais, simultaneamente.”⁴³

Por isso, vale ressaltar que os Conselhos Regionais de Medicina, quando implementam o Código de Ética Médica ou outras normas deontológicas da categoria, aplicam genuínas normas *jurídicas*, e não normas de cunho meramente ético,⁴⁴ visto que o referido Código está positivado na Resolução n. 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina (CFM),⁴⁵ publicada no Diário Oficial da União. Igual natureza possui a Resolução n. 1.358/92 CFM, que institui as Normas Éticas para a Utilização das TRHA e cujos detalhes serão analisados em seguida.

Não se pode negar que este sistema trabalha com denúncias, informações sobre fatos, sua subsunção às normas positivadas e a fixação de sanções, um procedimento

⁴² CASADO, Maria. Nuevo Derecho para la nueva genética. In: CASADO, M. **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 67.

⁴³ NEVES, Geraldo de Oliveira S. A ética profissional do advogado e o Código de Processo Civil. **Livro das Teses apresentadas no III Encontro de Advogados de Pernambuco**, Recife: OAB-PE, 1973, p. 38s.

⁴⁴ Cf. NAVES, Bruno Torquato de O.; SÁ, M. de Fátima Freire de. Aplicação dos princípios no Biodireito. **Rev. da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete**, n. 1, out. 2002, p. 9s.

tipicamente jurídico ou “parajurídico”, porém realizado pelas autoridades profissionais, e não pelos juízes.⁴⁶ No entanto, deve-se observar que as normas aplicadas por estes conselhos não desencadeiam uma sanção estatal comum.

As referidas resoluções sobre regras éticas profissionais constituem atos administrativos normativos que veiculam as deliberações dos referidos órgãos colegiados. Uma resolução normalmente serve para expressar em minúcia o mandamento abstrato de uma lei parlamentar.⁴⁷

Em muitos casos, há uma delegação expressa da lei que transfere uma parte do seu poder normativo a um órgão colegiado, que passa a ser competente pela regulamentação de determinadas questões. É o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), cujas atribuições estão fixadas no art. 8º da Lei 6.938/81. Não há norma equivalente de delegação regulamentar específica no caso dos Conselhos de Medicina.⁴⁸ Por isso, pode-se afirmar que as referidas resoluções carecem de eficácia jurídica pela falta de norma legal anterior sobre a matéria.⁴⁹

A grande maioria dos temas regulamentados por estas resoluções ultrapassa o âmbito do interesse das corporações profissionais em garantir um correto exercício da

⁴⁵ Este Conselho é órgão estatal da Administração indireta, cujas competências foram delegadas pelo art. 5, *d*, da Lei 3.268/57.

⁴⁶ GRACIA, Diego. Procedimientos de decisión en ética clínica, 1991, p. 22 *apud* ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. *In*: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales**. México: ITAM, 1999, p. 71.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 154.

⁴⁸ Diz a Lei n. 3.268/57: “Art. 2º - O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. (...) Art. 5º - São atribuições do Conselho Federal: (...) d) votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais.”

⁴⁹ Cf. GUIMARÃES, Luís P. Cotrim. A problemática ético-jurídica da reprodução humana assistida e seus reflexos no Direito Civil e Constitucional. **Ius Vivens**, n. 1, Campo Grande: UCDB, out. 1998, p. 135.

Medicina por parte dos seus membros, envolvendo interesses essenciais e direitos fundamentais dos pacientes. Essas regulamentações alternativas também não atendem às exigências de um Estado Democrático de Direito por serem impostas por determinados segmentos profissionais que não representam os interesses do corpo social como um todo e não correspondem às propostas tiradas de um debate público.

Deve ser respeitado o princípio constitucional da “reserva de lei”, que exige uma decisão do legislador parlamentar democraticamente legitimado sobre assuntos que envolvem diretamente os direitos fundamentais, questões que envolvem diretamente a liberdade das pessoas.⁵⁰ Expressão viva deste princípio é o art. 5º, II, da CF de 1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por fim, “tudo indica que uma legislação suficientemente maleável, mas firme, deva ser criada para controlar e regulamentar questões que, de há muito, estão a exigir uma normatização da sociedade”,⁵¹ já podendo ser visualizado um consenso sobre a necessidade da normatização das questões intimamente ligadas às garantias constitucionais fundamentais do homem.⁵²

1.3 A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

⁵⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 638s.

⁵¹ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: Bioética e Bidireito. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Repensando o Direito de Família. da Bioética ao Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 154s.

⁵² Cf. HERMANS, M. Artemisia Arraes. Questões sobre a Bioética. In: **Revista CEJ**, n. 8, Brasília, ago. 1999, p. 110.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.358,⁵³ que adota as *Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida* pelos médicos brasileiros. Como já foi exposto, as Resoluções do CFM devem ser caracterizadas não como meras “normas éticas”, mas normas profissionais “paralegais”, textos deontológicos a serem seguidos pelos profissionais da área, os quais, no caso de não obediência, estão sujeitos a um processo formal sancionatório.

Dentre os princípios gerais desse diploma normativo, destaca-se a consideração introdutória de que as técnicas de reprodução assistida representam um meio de superação da infertilidade humana como problema de *saúde*, com implicações psicológicas (item I-1).

A princípio, exige-se o consentimento informado, tanto em relação aos pacientes inférteis como aos doadores, para a realização da respectiva técnica reprodutiva, devendo as informações também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico (item I-3).

Outro princípio de destaque é aquele que se resume na proibição de utilizar as TRHA com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do ser humano,⁵⁴ exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer (item I-4).

É expressamente proibida a produção de pré-embriões com outra finalidade que não seja a procriação humana (item I-5); o número de transferência não deve ser superior a *quatro* (item I-6), sendo vetada a chamada “redução embrionária” em caso de gravidez múltipla (item I-7).

No tocante aos beneficiários das técnicas reprodutivas, inclui-se, além dos cônjuges e companheiros, que precisarão de consentimento informado do outro, a mulher *solteira*, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento especial (item II-1, 2).

Além do mais, a Resolução proíbe a doação de gametas com caráter lucrativo ou comercial (item VI-1); deve ser mantido o sigilo do doador do sêmen (ou de pré-embriões), assim como dos receptores, podendo haver exceções somente por motivação médica, resguardando-se a identidade civil do doador (item VI-3). Entretanto, o diploma não trata da possibilidade do filho gerado artificialmente ter acesso às informações de ordem genética e psicossocial sobre os seus pais biológicos.

⁵³ Diário Oficial da União, Seção I, de 19-11-92, p. 16.053. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em dez. 2004.

⁵⁴ Todavia, a escolha do sexo é prática comum nas clínicas brasileiras de reprodução assistida; cf. Brasil, Sandra. Menino ou menina? **Revista Veja**, n. 38, set. 2004, p. 100ss.

As unidades de doação devem manter registro permanente de dados clínicos, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores (item VI-4). Na escolha do sêmen doado pelo médico, devem ser consideradas, na melhor forma possível, as semelhanças fenotípicas e imunológicas com a receptora (item IV-6).

As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar sêmen, óvulos e pré-embriões (item V-1). Pré-embriões não transferidos devem ser, obrigatoriamente, criopreservados, sendo vetado o seu descarte (item V-2). Quanto ao destino a ser dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças ou falecimento de um ou ambos os cônjuges ou companheiros (ou a doação), cabe-lhes expressar sua vontade por escrito (item V-3). Nesse ponto, não fica claro qual o destino permitido aos pré-embriões.

Além dos casos de infertilidade, a Resolução permite o uso das TRHA também para evitar a transmissão de *doenças* genéticas ou hereditárias (item VI). No entanto, toda a intervenção sobre pré-embrião *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal (item VI-1). É o chamado “diagnóstico genético pré-implantação”.

A intervenção *terapêutica*, por sua vez, também pode ter por fim somente tratar de uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso (item VI-2). Com a inclusão do dispositivo que “o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias” (item VI-3), a Resolução assumiu a posição do Relatório Warnock, que, hoje, é adotada na grande maioria dos países e distingue entre “pré-embriões” e embriões propriamente ditos, com a consequência de uma proteção menor a ser atribuída a estas unidades de vida humana nas primeiras duas semanas após a fecundação.

Por fim, o documento deontológico permite a gestação de substituição (“barriga de aluguel”), desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética (item VII), sendo esta técnica vetada se tiver caráter lucrativo ou comercial (item VII-2). Uma importante restrição é a prescrição de que a “mãe substituta” deve pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (item VII-1).

1.4 O “principalismo” da Bioética moderna e a sua recepção no Brasil

Na questão dos princípios bioéticos que devem informar o novo Biodireito – como a legislação sobre reprodução assistida –, pergunta-se como estes princípios surgiram e como eles foram positivados.

Ao mesmo tempo, observa-se uma renascença de categorias morais e uma revalorização do Ético por parte dos diferentes setores profissionais e da sociedade em geral, em virtude da manifesta incompetência do legislador de regulamentar as novas questões através de regras rígidas, que estabelecem prescrições pouco flexíveis para solução dos múltiplos tipos de casos.

Além disso, afirma-se que o legislador nacional sempre correria o risco de ser influenciado demasiadamente pelo poder econômico.⁵⁵ Por outro lado, é também possível afirmar que as normas sobre tão delicado assunto devem ser necessariamente jurídicas, para que o científico não sucumba à tentação e pressão de certos grupos e interesses econômicos.⁵⁶

Os princípios bioéticos constituíram a primeira tentativa de regulamentação ética da pesquisa e aplicação científica das novas descobertas. No seu primeiro momento, a problematização ética surgiu da própria comunidade de cientistas que trabalhavam com as investigações da biomedicina.

Em 1996, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Resolução n. 196; em seguida, foi criada a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), órgão superior de uma rede nacional de Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) em instituições públicas ou privadas onde se realizam pesquisas. A citada Resolução estabeleceu normas éticas de pesquisa envolvendo seres humanos detalhando os princípios bioéticos, além da Resolução

⁵⁵ Cf. OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Biodireito**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 177s.

⁵⁶ Cf. VILA-CORO, M. Dolores. **Introducción a la Biojurídica**. Madrid: Servicio de Publicaciones da Facultad de Derecho da Univerdidad Complutense, 1995, p. 21s.

n. 1.358/92, do CFM, sobre a utilização da reprodução assistida que também adotou o “princípioalismo” como paradigma ético da conduta médica.

No Brasil de hoje, os princípios bioéticos são expressão de um importante consenso e constituem “o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão” em matéria bioética,⁵⁷ abrangendo inclusive as técnicas de reprodução assistida. Segundo Schramm, a não aceitação de princípios absolutos nas sociedades secularizadas, democráticas e pluralistas faz com que surja o “princípioalismo”, modelo formado por um *pool* de princípios *prima facie* que, supostamente, daria conta tanto da pluralidade dos valores sociais quanto das situações concretas.⁵⁸ Como princípios subalternos, diferentes autores franceses citam o da liberdade individual, o da liberdade científica, o da responsabilidade dos pesquisadores e o princípio da recusa de lucro, que recusa a comercialização do corpo humano.⁵⁹

Em 1977, o Congresso dos EUA criou uma comissão especial,⁶⁰ que adotou alguns princípios éticos cardeais – aceitos pela maioria da comunidade científica norte-americana naquele tempo – para poder resolver os casos de natureza biomédica a ela submetidos. Um ano depois, estes princípios foram publicados no famoso Relatório Belmont, elaborado por esta comissão: são os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça.⁶¹

A partir desse Relatório, disseminou-se o chamado “princípioalismo” bioético, que hoje representa o modelo mais divulgado e bem aceito de tomada de decisões na prática

⁵⁷ BARBOZA, Heloisa H. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H. H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 54.

⁵⁸ SCHRAMM, Fermin R. O respeito à autonomia. **Cadernos de Ética em Pesquisa**, n. 3, Brasília: CONEP/CNS, jul. 1999, p. 18.

⁵⁹ Cf. PIÑEIRO, Walter E. O princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. In: SCHOTSMANS, Paul T. *et alii*. **Bioética**, Cadernos Adenauer III, São Paulo: KAS, 2002, p. 114.

⁶⁰ *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*.

biomédica. Segundo o princípio da *autonomia*, deve-se reconhecer o direito das pessoas a ter seu próprio ponto de vista, a eleger e a realizar ações baseadas em seus valores e crenças pessoais. Segundo o da *beneficência* (e da não-maleficência), não se deve causar dano a outrem, prevenindo ou eliminando o dano e promovendo o bem. O princípio da *justiça*, por fim, exige que uma pessoa não deve ser tratada de maneira distinta de outra, salvo haja entre as duas alguma diferença relevante.

Explicando-se o fundamento de cada princípio bioético, tornou-se chancelado doutrinariamente, em nível nacional, o entendimento de Barretto, segundo o qual o princípio da beneficência resume a relação médico-paciente; o princípio da autonomia encerra a perspectiva do paciente que se autonomiza em relação ao médico; e o princípio da justiça determina a observância da saúde do indivíduo em sua dimensão político-social.⁶²

O Relatório Belmont, na verdade, constituiu “uma tentativa de solução ética normativa” para disciplinar a pesquisa e a tecnologia genética, expressando valores éticos aceitos pelas comunidades científica e médica. A Bioética principialista reflete o caráter pragmático da cultura norte-americana, preocupada na análise de casos, nos procedimentos e na tomada de decisões. Nos EUA, ela possui uma clara orientação individualista, privilegiando, dentre os três princípios, a autonomia.⁶³

Surgiu, assim, uma “dogmática paralegal” para responder às dúvidas não resolvidas pelo sistema jurídico, a qual se materializou através da aplicação dos princípios bioéticos a

⁶¹ Cf. BARBOZA, Heloisa H. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H. H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 55s.

⁶² Cf. BARRETTO, Vicente de P. Bioética, Biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo L. (org.). **Temas dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 399.

⁶³ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002, P. 162.

casos não previstos em lei, por organismos não-judiciais, como os Conselhos de Medicina e os Comitês de Ética dos hospitais e institutos de pesquisa.⁶⁴

Existe uma forte corrente nacional que adota o modelo principialista na aplicação e regulamentação e solução dos temas bioéticos.⁶⁵ Como resultado dessa linha, a Resolução n. 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, que estipula normas éticas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, veio consagrar os três princípios bioéticos.⁶⁶

Pessini e Barchifontaine esclarecem que essa resolução foi o resultado de dez meses de trabalho e consulta a 2.300 instituições e especialistas, além de 119 sugestões de grupos de pesquisa. Os autores destacam a necessidade de se observar normas contidas na resolução, posto que são resultados de ampla participação da sociedade brasileira, constituindo-se assim num precioso instrumento de controle social, cidadania e salvaguarda da pessoa humana.⁶⁷

Além do mais, a própria Resolução n. 1.358/92, do CFM, que disciplina as TRHA, consagrou em especial o princípio da beneficência, visto que vincula o uso das referidas técnicas ao problema da infertilidade, que constitui um problema de saúde. Entendido assim, as TRHA representam, acima de tudo, formas de combate à esterilidade e às doenças geneticamente transmissíveis.

Do ponto de vista ético, as TRHA constituem um remédio terapêutico para combater o mal da infertilidade humana e, assim, realizam o postulado de se fazer o bem

⁶⁴ BARRETTO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. *In*: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 49.

⁶⁵ SCHRAMM, Fermin R. O respeito à autonomia. *In*: **Cadernos de Ética em Pesquisa**, n. 3, Brasília: CONEP/CNS, jul. 1999, p. 18.

⁶⁶ PEREIRA, Renata Braga da S. Por um estatuto do embrião humano. *In*: PEREIRA E SILVA, R.; AZEVEDO, Jackson C. de (coords.). **Direito de Família: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTr, 1999, p. 73.

aos seres humanos; elas podem ser utilizadas desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o paciente ou o possível descendente, consagrando-se o princípio da beneficência e não maleficência.

Ao mesmo tempo, as TRHA atentam para o princípio da *justiça*, na exata medida em que essas técnicas ajudam na solução de um problema que atinge milhares de pessoas, independentemente da sua posição social.⁶⁸ Apesar da infertilidade ser um problema de saúde pública, ainda não se tem conhecimento de programas de terapia para casais sem filhos, a fim de solucionar crises de auto-estima, angústias ou ansiedades, que podem causar abalo conjugal, e tampouco os planos de saúde cobrem seu tratamento. Além disso, o uso dessas técnicas envolve fortemente o princípio da *autonomia*, no tocante à satisfação da natural vontade humana de gerar seus próprios filhos.

Entretanto, ainda que não haja uma “hierarquia” preestabelecida entre os diferentes princípios e que eles não forneçam, automaticamente, as decisões que precisam ser tomadas, pode-se afirmar que o princípio da *beneficência* merece especial atenção, visto que corresponde ao fim primário da Medicina.⁶⁹ Por isso, o conteúdo da Resolução 1.358/92, que é fortemente inspirado pela beneficência e corresponde ao estado atual da ciência médica, a princípio deve ser respeitado e servir como guia para a futura legislação sobre o assunto.

⁶⁷ Cf. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Cristian de P. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991, p. 185ss.

⁶⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 137.

⁶⁹ MEIRELLES, Jussara M. Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa. In: BARBOZA, Heloisa H. *et alii* (coords.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 89.

Segundo Beauchamp e Childress,⁷⁰ os princípios, em caso de conflito entre si, “se hierarquizam” face à situação de cada caso concreto, não havendo regras prévias que dão prioridade de um princípio sobre o outro, o que leva à necessidade de se chegar a um *consenso* em cada caso, objetivo fundamental dos Comitês de Ética institucionalizados.⁷¹

Cortina afirma que a Bioética, “dotada da circularidade própria de uma *hermenêutica crítica*”, não funcionaria através da aplicação de princípios gerais a casos concretos, nem com a indução de tais princípios a partir de decisões concretas, mas se caracterizaria pela descoberta, nos diferentes âmbitos da vida social, da “modulação peculiar dos princípios comuns”, o que nos obriga necessariamente a praticar a *interdisciplinaridade*, de que “tanto se fala e quase nada se aplica”.⁷²

1.5 Críticas ao Relatório Belmont; construção da solução no caso concreto

Por esta e outras razões, o referido “principlismo bioético” já sofreu várias críticas. Alertou-se que por mais que os princípios bioéticos ajudassem na solução de conflitos de diferentes problemas que envolvessem a temática, eles não conseguiriam isoladamente responder em toda a sua extensão às indagações sobre várias questões relevantes suscitadas pela ciência biológica.

A maior crítica que se faz ao principlismo está vinculada à origem independente de cada um dos princípios. Com efeito, a aplicação literal dos diferentes princípios, de forma isolada, induz à “auto-exclusão” dos mesmos, posto que cada um privilegia um

⁷⁰ Foram eles membros da Comissão que criou o Relatório Belmont; no seu famoso livro *Principles of Biomedical Ethics* (Oxford University Press, 1979), eles popularizaram o sistema “principlológico” da Bioética.

⁷¹ ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y derecho: fundamentos y problema actuales**. México: ITAM 1999, p. 65.

⁷² CORTINA, Adela. Biótica y nuevos derechos humanos. In: SAUCA, José M. **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial Del Estado, 1994, p. 429s.

elemento fundante diferente: a *autonomia* é relacionada à tomada de decisão do paciente em razão da decisão médica que lhe diz respeito; a *beneficência* se refere à tomada de decisão do médico em relação ao problema médico do paciente; e a *justiça* diz respeito às decisões do Estado e da sociedade em relação à problemática da saúde pública.⁷³

O que se propõe como solução propícia para se encarar o principlismo como uma corrente doutrinário-filosófica de caráter coerente no estudo bioético, é que sejam observadas, de maneira harmônica, a autonomia do indivíduo, a garantia de que a solidariedade seja preservada e de que a justiça seja promovida.⁷⁴ Piñeiro questiona se é possível alguém elevar à categoria de diretriz básica um determinado valor para, assim, “sacralizá-lo” e lembra que, na verdade, cada comunidade deveria possuir uma Bioética própria para as suas crenças e ideologias.⁷⁵

O enfoque principlista foi criticado também por Jonson e Toulmin,⁷⁶ que rejeitaram a idéia de que a Ética consistiria exclusivamente num código de regras e princípios gerais (“tirania dos princípios”), sugerindo a reabilitação da “casuística”, centrada nas peculiaridades do caso concreto. Nesse método, a razão não opera de maneira dedutiva, mas de forma *analógica*: os princípios representam apenas máximas ou “lugares-comuns”, que podem ser compreendidos somente nos termos dos casos paradigmáticos que

⁷³ BARRETTO, Vicente de P. Bioética. Biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo L. (org.). **Temas dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 401.

⁷⁴ BARRETTO, Vicente de P. Bioética. Biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo L. (org.). **Temas dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 401.

⁷⁵ PIÑEIRO, Walter E. O princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. In: SCHOTSMANS, Paul T. *et alii*. **Bioética**, Cadernos Adenauer III, São Paulo: KAS, 2002, p. 113.

⁷⁶ Ambos membros da mesma Comissão, no seu livro *The abuse of casuistry: a history of moral reasoning* (Berkeley: University of Califórnia Press, 1978).

definem o seu sentido e sua força, sendo essencial elaborar uma classificação (moral, médica e jurídica) que ordene os casos segundo as suas semelhanças e diferenças.⁷⁷

Para Atienza,⁷⁸ que propõe uma “conexão material de tipo metodológico” entre o Direito e a Bioética, os princípios bioéticos básicos são: a) a *autonomia*: cada indivíduo tem o direito a decidir sobre aquilo que o afeta (especialmente sobre a sua vida e saúde); b) a *dignidade*: nenhum ser humano pode ser tratado como simples “meio”; c) a *universalidade* (ou igualdade): pessoas que estão nas mesmas condições devem ser tratadas de maneira igual; d) a *informação*: todos os indivíduos têm direito a saber aquilo que os afeta (aqui: sua saúde).

Estes princípios, segundo o autor, cuja utilização normalmente resolve os “casos fáceis”, não são suficientes para solucionar adequadamente os “casos difíceis”, nos quais pode surgir a necessidade de dar preferência a um “paternalismo justificado” para com o paciente (v.g.: quando o indivíduo é incapaz de decidir por si), o seu “trato diferenciado” em comparação com outros, a manutenção do “segredo médico” referente a seu estado de saúde ou até um “utilitarismo restringido”, realizando atos que não produzem benefícios à própria pessoa, caso a medida gere grandes benefícios para outros seres humanos e quando se puder presumir o consentimento do afetado, sem que a medida seja degradante.⁷⁹

Assim, na construção do discurso prático – v.g., num Comitê de Ética – os primeiros princípios mereceriam uma certa prioridade (*prima facie*); quem, contudo, quisesse dar preferência aos princípios do segundo grupo,⁸⁰ arcaria com o ônus de prova,

⁷⁷ Cf. ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y derecho: fundamentos y problema actuales**. México: ITAM, 1999, p. 66s.

⁷⁸ *Idem*, p. 84.

⁷⁹ *Idem*, 1999, p. 85s.

⁸⁰ Estes argumentos seriam condensados nos princípios do *paternalismo justificado*, do *utilitarismo restringido*, do *trato diferenciado* e do *secreto*.

no sentido de que teria que provar que estes, efetivamente, respondem melhor às exigências do caso concreto. Nessa linha, o autor espanhol considera o problema fundamental da Bioética a construção, a partir de princípios consensuais, de um conjunto de pautas específicas que estejam coerentes com aqueles e que permitam resolver os problemas práticos para os quais não existe, a princípio, um consenso.⁸¹

Sem dúvida, a criação – a partir dos mencionados princípios bioéticos – de regras específicas pelos legisladores possui várias vantagens, como a legitimidade democrática. Por outro lado, estas regras teriam que se referir a circunstâncias altamente imprevisíveis (mudanças tecnológicas) ou envolver juízos de valor, opiniões morais etc. que estão longe de um consenso dentro dos corpos legislativos, o que pode levar à promulgação de normas tanto genéricas quanto rígidas no seu mandamento.

Por isso, Atienza dá preferência à concretização dos princípios bioéticos pela “via judicial”, o que, segundo ele, não significa um favorecimento do papel dos juristas profissionais, mas um pleito em favor dos Comitês de Ética, que deveriam utilizar o “método judicial” de ponderação dos princípios como meio eficaz de racionalidade prática.⁸²

Em geral, podemos vislumbrar que as adequadas posturas éticas somente poderão ser conseguidas mediante o debate, o diálogo, as discussões e conclusões efetivas. Em vez de apostar demasiadamente em princípios éticos *a priori*, parece mais indicada a construção de uma Ética “evolutiva”, atenta às transformações no *ethos* sobre as questões relativas à saúde reprodutiva, que poderá “proporcionar normas de convívio mais

⁸¹ ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y derecho: fundamentos y problema actuales**. México: ITAM, 1999, p. 86s., 89.

⁸² *Idem*, p. 89ss.

aceitáveis pelos envolvidos, por serem mais compreensíveis e possivelmente mais próximas dos conflitos e dilemas que as pessoas concretas enfrentam no seu cotidiano”.⁸³

Há vários autores que defendem que a tomada de decisão, nesses casos, cabe às Comissões de Ética, a serem criadas em cada instituição de pesquisa e aplicação das TRHA. Nos EUA, os comitês de Ética constituem verdadeiras instâncias decisórias, sendo exigido que cada instituição de pesquisa possua pelo menos uma comissão institucional de revisão ética, para acompanhar pesquisas em seres humanos financiadas com recursos federais. Havendo discordância entre a comissão e os pesquisadores, uma segunda comissão será constituída para novamente ouvir os pesquisadores e elaborar um parecer definitivo.⁸⁴

Peces-Barba, por sua vez, distingue entre a moralidade *crítica*, que tem a vocação a se incorporar ao Direito positivo, contudo ainda não transformada em regra, e a moralidade *positivada*, que também pode ser chamada de legalizada, e já incorporada ao ordenamento jurídico. Com isso, deve-se buscar, no âmbito do Poder Legislativo, incorporar os conteúdos éticos ao ordenamento jurídico. A solidificação destes valores e a ampliação de seu conteúdo, dentro dos limites da interpretação, segundo ele, é papel do Poder Judiciário.⁸⁵

Por fim, também não se deve desvalorizar a função dos próprios Juízes de Família, aos quais cabe, nesses casos, a ponderação dos princípios constitucionais e, de forma supletiva, também dos princípios bioéticos incidentes, sendo possível correlacionar estes

⁸³ SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin R. Quem tem medo das (bio)tecnologias de reprodução assistida? **Bioética**, vol. 9, n. 2, Brasília: CFM, 2001, p. 45.

⁸⁴ Cf. FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. A Bioética na política pública do Brasil. Disponível em: <www.rudah.com.br/cfm/revista/0402-96/abioetic.html>. Acesso em mar. 2004.

⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Ética, poder y derecho**, 1995, p. 80ss.; *vide* também: REIS, Márcio Monteiro. Moral e Direito. In: TORRES, Ricardo L. (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999, p. 127.

com certas normas de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, deve ficar claro que, face à complexidade dos fatos nas sociedades modernas, o juiz pode assentar a expectativa social apenas diante do caso concreto e único, tomando a decisão justa.

1.6 A importância da Bioética para a criação das normas do Biodireito

Alguns autores⁸⁶ afirmam que há, atualmente, no Brasil, uma passagem da Bioética para um *Biodireito*, que pode ser definido como o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biotecnologia e da Medicina e abrange explicitamente o Direito da reprodução humana assistida.

Essa congregação de regras dedicadas a uma determinada matéria, de modo codificado ou não, não é uma realidade nova no Brasil, tendo ocorrido com a legislação previdenciária, agrária, ambiental, consumerista, etc. As soluções aos avanços científicos surgem gradualmente, mediante legislação especial, em conformidade com o ordenamento vigente ao qual devem integrar. Ganham “feição de microssistema, não chegando realmente a constituir um novo `ramo do direito’”.⁸⁷

Todavia, a Bioética continua a existir independentemente do surgimento e estruturação de um Biodireito.

Antes de mais nada, é de ressaltar que a distinção rígida entre Moral e Direito, de matriz kelseniana, está sendo, cada vez mais, abandonada, para ceder lugar a uma

⁸⁶ Cf. SÁ, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 19; BARRETTO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. *In*: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 66.

⁸⁷ Cf. BARBOZA, Heloisa H. Princípios do Biodireito. *In*: BARBOZA, H. H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 50.

aceitação do entrelaçamento dos âmbitos jurídico e ético-moral.⁸⁸ Nesse contexto, o Direito assume a função de prolongação da Moral, um mecanismo para positivar a Ética.⁸⁹

Está com razão Grau quando afirma que uma

eticização do direito pela qual se clama apenas poderá ser realizada, no presente, mediante a adição de conteúdos às formas jurídicas, o que importa desenvolvam os juristas não uma atividade exclusivamente técnica e significa atuem segundo uma *ética na lei* (não *acima da lei*).⁹⁰

Este Biodireito enquanto matéria emergente surge da Bioética, firma-se como estudo autônomo na medida em o poder legislativo é acionado para disciplinar alguns de seus problemas, dentre eles as TRHA. Aos poucos, a abordagem jurídica ganha espaço e desloca-se da Bioética enquanto parte integrante, para atingir um nível de independência científica. Se existe essa passagem, é necessário frisar que a polêmica construção de um Biodireito deve ser revestida do mesmo caráter *interdisciplinar* da Bioética, devendo ser reservado um papel de destaque para as universidades e não apenas para as faculdades de Direito.⁹¹

Na mesma linha, Hooft afirma que o Biodireito não deveria construir-se como mais um ramo do ordenamento jurídico, mas oferecer o espaço de interação e diálogo interdisciplinar, aberto para a Ética filosófica e os aportes provenientes do campo das ciências particulares, num novo espaço de síntese particularmente atento às exigências da filosofia dos direitos humanos, evitando uma excessiva rigidez formal.⁹²

⁸⁸ Cf. NOBRE, Milton A. de Brito. *Ética na prática jurídica*. In: **Cidadania, Ética e Estado**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2002, p. 1614s.

⁸⁹ ATIENZA, Manuel. *Juridificar la Bioética*. In: VÁZQUEZ, R. (comp.). **Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales**. México: ITAM, 1999, p. 72.

⁹⁰ GRAU, Eros R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111s.

⁹¹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. **Rev. Bioética e Ética Médica**, vol. 8, Brasília: CFM, 2000, p. 230ss.

⁹² HOOFT, Pedro F. **Bioética y derechos humanos**. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 11, 23, 134.

Ao mesmo tempo, é preciso que a futura legislação brasileira sobre temas, que hoje são contemplados somente pela Bioética, tome como limite aquilo que já é considerado consenso no âmbito científico-social sobre a matéria. Por outro lado, é importante ressaltar que muitos tópicos ainda se encontram em pleno processo de discussão científica e de aceitação social. Um saber tomado isoladamente é um saber incompleto e, por assim dizer, ineficaz.⁹³ E é exatamente nesse contexto de participação de grupos de interesse (médicos, pesquisadores, psicólogos, juristas, sociólogos) que se insere o devido e oportuno debate social em matéria de reprodução humana assistida no Brasil.⁹⁴

Diferentemente do que ocorria no passado, o Direito, hoje, pode ser compreendido como prudência, como “arte prudencial” que está inter-relacionada com as demais instâncias que compõem o social, notadamente com a Ética. E, “como a *prudência* é sempre implementada segundo certas regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão nela fundada, poderia ser referida como *cientificamente* estruturada”.⁹⁵ Trazer para o Direito o entendimento de prudência parece bastante oportuno, em especial para o Biodireito, haja vista a complexidade de temas melindrosos que, mais cedo ou mais tarde, serão disciplinados por normas jurídicas.

⁹³ Cf. LIMA NETO, Francisco V. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética**. Leme: Editora de Direito, 1997, p. 120.

⁹⁴ Na França, o Centro de Direito de Família e o Laboratório de Sociologia Jurídica da Univ. Paris II, realizaram, em 1993, uma pesquisa social junto a 1.488 pessoas de diferentes níveis sociais, obtendo o seguinte resultado: a) 90% dos entrevistados *sabiam* o que são as TRHA; b) menos de 9% se mostraram *hostis* às pesquisas nessa área; c) para 57%, a procriação assistida era o *melhor* remédio contra esterilidade (41% optaram pela adoção); d) a inseminação *homóloga* foi aprovada por 95% dos casados e 72% dos concubinos; a inseminação *heteróloga* foi aprovada por 44% dos casados e 34% dos concubinos; e) 90% desejaram que os recursos da procriação assistida permanecessem disponíveis como remédio à esterilidade; 59% admitiram o processo na luta contra doenças hereditárias; 46% desejaram a intervenção do legislador e 26% se manifestaram contrários à mesma; cf. LEITE, José de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 304s.

⁹⁵ GRAU, Eros R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36ss.; MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. **Rev. Bioética e Ética Médica**, vol. 8, Brasília: CFM, 2000, p. 231.

Sem dúvida, há uma tendência atual de uma excessiva normatização dos diferentes setores da vida moderna, com normas que, muitas vezes, não são internalizadas nem pela sociedade nem pelos juristas. Ao contrário, as mudanças normativas no âmbito da Bioética costumam atingir fortemente o sistema dos valores⁹⁶ enraizados na sociedade.

No entanto, não se pode negar um crescente relativismo dos valores na sociedade pluralista moderna. O esvaziamento dos fundamentos éticos da ordem jurídica pode fazer com que o Biodireito fique “pairando como um conjunto de normas abstratas” despidas de efetividade social e força coativa.⁹⁷ Qualquer que seja a decisão a ser tomada pelo legislador, é certo que a norma jurídica deve ser capaz de acompanhar o progresso científico, fornecendo os conceitos e as técnicas adaptáveis às mudanças sociais.⁹⁸

Na verdade, não se pode afirmar que os dispositivos sobre a reprodução assistida contidos na Resolução nº 1.358/92 do CFM representariam o verdadeiro “estado da Bioética” no Brasil sobre o tema. Vários dos assuntos ali regulamentados já foram e continuam sendo discutidos no Congresso Nacional. O país passou, na última década do século XX, pela normatização jurídica de “determinadas questões relativas à biotecnologia sem a necessária discussão e o indispensável amadurecimento de idéias e pensamentos” (v.g.: Lei da Biossegurança), o que levou a um descompasso entre os valores éticos e o Direito vigente.⁹⁹

Barboza enfatiza que o objetivo do novo Biodireito não deve ser, “simplesmente, de encontrar um ‘correspondente jurídico’ para a Bioética, mas de estabelecer quais as normas

⁹⁶ Uma abordagem aprofundada (e necessariamente filosófica) da relação complexa entre os valores sociais e as normas jurídicas ultrapassa os objetivos deste trabalho.

⁹⁷ BARRETTO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. *In*: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 58.

⁹⁸ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: Bioética e Biodireito. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 156.

jurídicas que devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, também disciplinados pela Bioética”. Ao mesmo tempo, a autora deixa claro que “não seria razoável resolverem-se conflitos jurídicos exclusivamente com fundamento em princípios da Bioética”.¹⁰⁰

Assim, a discussão da reprodução medicamente assistida não está limitada ao contributo de um discurso da adequada proteção dos direitos envolvidos através da tutela legal, mas deve, sobretudo, trazer ao debate a nova geração acadêmica, preparando-a para lidar com o futuro. As variáveis inseridas nas pesquisas científicas estão nos limites éticos impostos por uma dada sociedade, de onde se abre o espaço para a importante intervenção reguladora do Direito.¹⁰¹

1.7 Adequação de regras proibitivas e normas principiológicas sobre o emprego das técnicas de reprodução assistida

Como vimos, o Biodireito “é desejado para cumprir os princípios da bioética”,¹⁰² o seu processo de construção deve partir das regras e princípios da Bioética, tendo em vista as novas realidades sociais. Isto porque, para ganharem eficácia social, as normas jurídicas a serem promulgadas na área do Biodireito necessitam de *legitimidade*, fundada na aceitação dos grupos sociais que atuam na área de sua aplicação. Barretto afirma que “encontramo-nos diante de um caso raro, onde a lei, para que tenha generalidade e eficácia

⁹⁹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 107.

¹⁰⁰ BARBOZA, Heloisa H. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H. H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 70ss. (destaques no original).

¹⁰¹ Cf. BAHAMONDE, Didiane V. F. C. Biotecnologia e Direito. **Rev. Leopoldianum**, n. 72, Santos, 2000, p. 155.

¹⁰² OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Biodireito**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 117.

social, é obrigada a voltar-se para a ética a fim de que tenha um árbitro na elaboração de sua própria vontade”.¹⁰³

Isto vale mais ainda se consideramos que uma simples proibição das técnicas de reprodução assistida ou de manipulação genética certamente não lograria ter uma eficácia suficiente, visto que haverá grandes dificuldades na fiscalização estatal dos médicos e pesquisadores nas suas clínicas e laboratórios. Valores éticos não devem ser simplesmente impostos pelo legislador, mas internalizadas por parte dos agentes a que se destinam; normas jurídicas sem um sólido fundamento ético não costumam ser observadas por parte dos grupos sociais a que se dirigem, independentemente da ameaça de suas sanções.

Um bom exemplo para as dificuldades do legislador ordinário no tratamento dos problemas ligados à Bioética é a Lei da Biossegurança (n. 8.974/95), que proíbe a manipulação genética de células germinais humanas (art. 13, I), mas permite a intervenção em material genético humano *in vivo*, para tratamento de defeitos genéticos, *respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência* (art. 13, II). A decisão sobre o caso concreto é transferida à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).¹⁰⁴

Diante da difícil tarefa de legislar sobre temas complexos, surge o questionamento sobre o *tipo* das normas que devem ser adotadas. Leis gerais que fixam princípios

¹⁰³ BARRETTO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. *In*: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 67.

¹⁰⁴ A CTNBio é órgão colegiado composto por *oito* especialistas de notório saber científico e técnico, em exercício nos segmentos de biotecnologia e de biossegurança (dois de cada área da saúde humana, animal, vegetal e ambiental) e *sete* representantes dos Ministérios federais da Ciência e Tecnologia, Saúde, Meio Ambiente, Educação, Relações Exteriores, Agricultura e Abastecimento, além de três representantes da sociedade civil (defesa do consumidor, setor empresarial da biotecnologia e proteção à saúde do trabalhador); cf. art. 1-B, incisos I-VI, da Lei n. 8.974/95, que foi acrescentado pela Medida Provisória n. 2.191-9/2001. O substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n. 9, de 2004, que altera a Lei da Biossegurança, prevê o aumento dos integrantes da CTNBio de 18 para 27; cf. o parecer da Comissão

possibilitariam uma maior flexibilidade nas decisões prolatadas pelos órgãos administrativos (conselhos e comitês de Ética) e, em última instância, pelos juízes, entendendo-se por normas principiológicas aquelas de caráter inspirador, de conteúdo não taxativo ou proibitivo e que não prescrevam ou determinem condutas, mas que indiquem o melhor caminho a seguir.¹⁰⁵

Ao contrário, leis específicas trariam o risco de reduzir o Direito a uma simples função instrumental, que se adapta ao sabor dos progressos científicos. Certamente haverá questões que deveriam ser regulamentadas de forma prescritiva e taxativa, bem como aquelas a serem tratadas de maneira mais aberta e principiológica.

É importante sublinhar os tópicos da futura legislação brasileira, que devem ser formulados como comandos normativos em virtude da necessidade de um maior controle formal e material do uso adequado de algumas TRHA, especialmente o anonimato do doador de gametas, a clara determinação de quais técnicas são passíveis de utilização, esclarecendo, inclusive, a paternidade civil da criança.

Mais um aspecto que aguarda regulação jurídica são as chamadas “sobras embrionárias”. Alguns exigem que, para evitar essa situação de destruição de vida humana (apesar de seu estado incipiente), seja implantado somente um único embrião de cada vez.¹⁰⁶ A questão envolve também fortes interesses econômicos na utilização industrial e comercial dessas sobras, fato que ainda aumenta a necessidade de uma lei que impeça a sua banal comercialização. Caberia apontar nesse contexto *a quem serve* a biotecnologia, para

Diretora. Disponível em: <www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getTexto.asp?t=2756>; acesso: dez. de 2004.).

¹⁰⁵ BARRETTO, Vicente de P. Bioética, Biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo L. (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 398ss.

¹⁰⁶ Assim: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, Direito e reprodução assistida. **Rev. dos Tribunais**, vol. 729, São Paulo, jul. 1996, p. 47.

que não ingresse em nossa legislação um simples estatuto do corpo humano a título de artefatos de mercantilização.¹⁰⁷

No Brasil ainda não existe um “Estatuto da Vida Humana”,¹⁰⁸ que poderia compreender todos os estados da vida de forma coerente, tutelando, de maneira eficaz, os correspondentes direitos e liberdades constitucionais. Assim, devia-se definir claramente quando se inicia a vida humana em termos legais, se ela ocorre com a fecundação, ou com a nidacão, e qual o tratamento dos pré-embriões que sobram no processo de fecundação *in vitro*. Na verdade, a importância do direito fundamental à vida no sistema constitucional brasileiro obriga o legislador a tomar as medidas necessárias para a proteção da vida humana.¹⁰⁹

Como vimos, as atuais normas éticas do Conselho Federal de Medicina, que proíbem aos médicos brasileiros o descarte dos pré-embriões ou pesquisas no material humano criopreservado, são voltadas somente para a conduta ética dos médicos, deixando os operadores de Direito perplexos diante de certos casos.¹¹⁰ Assim, não é demais afirmar que a utilização industrial e comercial dos pré-embriões “de sobra” deve ser terminantemente proibida através de leis formais, cujo desrespeito deve ser sancionado penalmente.¹¹¹

Evidentemente, alguns temas ligados às TRHA são necessariamente merecedores de um forte controle formal, como as questões polêmicas ligadas ao Direito de Família: a

¹⁰⁷ Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 232.

¹⁰⁸ Cf. GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 32.

¹⁰⁹ Cf. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 47s.

¹¹⁰ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Bioética: uma nova disciplina do Direito. **Jornal do Advogado**, Belo Horizonte, nov. 1999, p. 12s.

paternidade/maternidade pós-morte, as sobras embrionárias etc. Daí porque os países que permitem esse tipo de reprodução humana estabelecem uma série de exigências e limitações jurídicas a esses tipos de gravidez.

No entanto, sempre existirão situações específicas e de difícil solução que devam ser regulamentadas em normas principiológicas, de caráter flexível,¹¹² de modo a se evitar um modelo prescritivo, rígido, uma verdadeira “camisa de força regulatória” que é capaz de obstruir a realização da justiça no caso concreto.

Assim, na questão do sigilo do doador de esperma deve haver a possibilidade de permitir exceções à regra da revelação da identidade civil do pai biológico ao filho, visto que as circunstâncias concretas podem determinar um peso maior do interesse do doador em manter o anonimato.

Sá e Neves mostram os pontos desfavoráveis de um catálogo fechado de regras, posto que a atitude do Direito é iminentemente construtiva, deixando-se os problemas que envolvem a temática ao sabor das particularidade de cada caso. Por isso, deve haver uma formação normativa de acordo com o senso de adequabilidade, para chegar a uma solução que melhor convenha à situação.¹¹³

1.8 O modelo latino-americano de Bioética na saúde pública

Na verdade, a ciência se apresenta como algo universal, enquanto que a cultura se reveste de caracteres regionais. A Bioética é unívoca na sua vertente *bio*, entretanto, é

¹¹¹ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: mito ou realidade? **Rev. da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 29, Curitiba, 1996, p. 137.

¹¹² Cf. RIBEIRO, Gustavo F. Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, M. de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 292s.

¹¹³ NAVES, Bruno Torquato de O.; SÁ, M. de Fátima Freire de. Aplicação dos princípios no Biodireito. **Rev. da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete**, n. 1, out. 2002, p. 19.

plural na sua faceta *ética*. Significa dizer que as mesmas aplicações científicas podem se revestir de diversa valoração ética em diferentes países.¹¹⁴

A Bioética, em seu conceito amplo, abarca, inclusive, questionamentos de ordem política e econômica, indo além do refletir ético sobre a conduta médica e científica. As novas descobertas na área da Biomedicina envolvem poderosos interesses econômicos, desviando-se de seus fins originais, especialmente no tocante à farmacologia, que consagra a competição laboratorial internacional, e, sobretudo, nas questões relativas à lucratividade das empresas privadas de saúde (planos, laboratórios, hospitais etc.).

O Projeto Genoma Humano permite o conhecimento completo do código genético do homem, o que implica a possibilidade de reconhecer o segredo da constituição hereditária de qualquer pessoa ou família, e, ao mesmo tempo, um melhor resultado terapêutico para aqueles que são atingidos por alguma doença hereditária. Ao mesmo tempo, há imensos perigos potenciais que envolvem o mau uso das informações genéticas ali obtidas, como a inclusão de pessoas em “listas negras” de empresas de seguro, por terem seus genes determinadas características.¹¹⁵

Por isso, está com razão Fachin quando pontua que o avanço da engenharia genética não é uma questão apenas ética, ou mesmo jurídica, mas, inclusive, *política e econômica*, que se faz perceber numa ordem global que procura impor a sua racionalidade.¹¹⁶

Barreto, em resumo das obras de *Engelhardt* e *Jonas*, esclarece que a solução política *liberal* deixa para o indivíduo, por meio de seus representantes políticos, a tarefa

¹¹⁴ Cf. ARCHER, Luís. De onde veio e para onde vai a Bioética? Disponível em: <www.informac.gov.mo/aam/portuguese/boletim/2/art2-2.html>. Acesso em: jun. de 2004.

¹¹⁵ Cf. GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio I. F.; OSELKA, Gabriel. A Bioética no Século XXI, in: GARRAFA, V.; COSTA, S. F. (orgs.). **A Bioética no Século XXI**. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 19.

¹¹⁶ Cf. FACHIN, Luis Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 230.

de avaliar o progresso da ciência e da tecnologia, cujo ritmo e objetivos devem estar sujeitos ao controle da sociedade civil.

Os conservadores, por sua vez, costumam optar por uma posição de cautela e sustentam a paralisação das experiências científicas, posto que no contexto atual não existiriam parâmetros seguros de referência para as pesquisas científicas, devendo-se preservar a todo o custo a esfera da pessoa humana.¹¹⁷

O Brasil, entretanto não adotou o modelo político liberal dos norte-americanos, que privilegia, sobremaneira, o princípio da autonomia do indivíduo, sendo o paradigma bioético do País inserido no modelo latino-americano que privilegia os princípios da *justiça*, da *equidade* e da *solidariedade*, sem excluir a vontade do paciente.¹¹⁸

Foi apenas nos últimos vinte anos que os países da América do Sul e Central constituíram centros e grupos de trabalho em Bioética, em universidades, hospitais e fundações. A Organização Panamericana de Saúde (OPAS) inaugurou, em 1994, o Programa Regional de Bioética, cujo objetivo primordial é fomentar, difundir e promover o estudo bioético e suas atividades nos países latino-americanos.¹¹⁹

Dentre as principais temáticas de estudo desse programa encontra-se o estudo da Ética em saúde pública. E é nesse contexto que se discutem todas as questões ligadas à

¹¹⁷ Para maior aprofundamento sobre o tema, Cf. BARRETTO, Vicente de P. Bioética, Biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo L. (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 404ss. Outros classificam os modelos bioéticos de uma forma mais ampla: o principalista, o libertário, o das virtudes e o antropológico personalista, e ainda menciona o modelo latino-americano; cf. PEREIRA, Renata Braga da S. DNA: análise biojurídica da identidade humana. In: BARRETTO, Vicente de P.; BARBOZA, Heloísa H. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 273s.

¹¹⁸ Cf. PEREIRA, Renata Braga da S. DNA: análise biojurídica da identidade humana. In: BARRETTO, Vicente de P.; BARBOZA, Heloísa H. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 274ss.

¹¹⁹ Cf. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Cristian de P. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991, p. 66s.

legislação em matérias de saúde, incluindo também os dilemas relacionados com a reprodução humana, o *status* do embrião, as políticas de proteção ao meio ambiente etc.¹²⁰

Em geral, a Bioética é considerada por alguns uma disciplina de rigor acadêmico, dotada de um estatuto epistemológico, e trabalha com duas situações persistentes: a exclusão social e as situações emergentes. Inserir os problemas bioéticos, em especial os que se referem à reprodução assistida dentro do contexto latino-americano, implica uma abordagem crítica, sobretudo econômica, a respeito da viabilidade de se admitir as TRHA em países pobres e com alto grau de exclusão social.¹²¹

E, sendo assim, a Bioética num país como o Brasil não pode estar atenta apenas a questões ligadas à saúde dos indivíduos, na base de critérios para situações setorizadas, mas deve se voltar para as “doenças de toda uma sociedade”, expressas na má qualidade de vida da maioria da população.¹²²

Em verdade, a população, de uma maneira geral e independentemente de sua situação social e econômica, deve ser privilegiada com os avanços de reprodução assistida, tendo em vista o princípio de justiça. Os menos favorecidos economicamente também possuem o direito de gerar seus próprios filhos através das TRHA, devendo, para tal fim, receber ajuda estatal através do Sistema Único de Saúde (SUS).¹²³ A alocação de recursos para a medicina terapêutica deve beneficiar todos os cidadãos brasileiros, e para tanto se faz necessária uma política de recursos destinados à operacionalização das TRHA.

¹²⁰ *Idem*, p. 70.

¹²¹ Cf. GARRAFA, Volnei. Questões sobre Bioética, **Rev. CEJ**, nº 1, Brasília, 1997, p. 107.

¹²² ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. *In*: GARRAFA, V. *et alii* (orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: Edit. da UnB, 2000, p. 53.

¹²³ GUILHEM, Dirce; Prado, Mauro M. do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. **Bioética**, vol. 9, n. 2, Brasília, 2001, p. 120s.

Em países *periféricos* (ou “em desenvolvimento”) como o Brasil, é factível a demanda indiscriminada por tecnologia de ponta, tanto por parte dos profissionais de saúde, quanto dos usuários, levando à ampliação das desigualdades em virtude mesmo dos custos financeiros envolvidos nos sistemas públicos de saúde.¹²⁴ A existência de alguns centros particulares de fertilização assistida, altamente especializados, levanta questões adicionais a respeito da discriminação e injustiça, não apenas na assistência médica em geral, mas, inclusive, no tocante às referidas técnicas de reprodução.

É bem verdade que os técnicos de saúde deveriam estar motivados para utilizar a tecnologia em favor de seus pacientes, em nome da ação beneficente, entretanto o que se tem observado é a busca incessante do lucro e do aumento de prestígio profissional.

De qualquer forma, não se deve corroborar com um “fundamentalismo” pró ou contra os avanços tecnológicos em matéria reprodutiva; antes, a equiparação tecnológica do sistema público de saúde devem ser disciplinados de acordo com o interesse social, que só será atendido na justa medida em que houver uma intensa participação e debate social sobre o tema. As discussões no âmbito da sociedade civil deverão ter como fundamento a adequação das futuras normas jurídicas sobre o tema aos referenciais de moral estabelecidos pela própria sociedade.

¹²⁴ Cf. FORTES, Paulo. Avanços tecnológicos significam melhoria da saúde? In: GARRAFA, V. *et alii*

CAPÍTULO II

OS CONFLITOS DO BIODIREITO E AS NORMAS

PRINCIPIOLÓGICAS DA CONSTITUIÇÃO

2.1 Aproximação do Direito à Ética através da principiologia constitucional; 2.2 Os princípios como normas jurídicas; 2.3 A harmonização dos direitos fundamentais conflitantes como desafio para a futura legislação; 2.4 Direitos de proteção ao patrimônio genético como direitos humanos da “quarta geração”?; 2.5 As técnicas de reprodução assistida, a manipulação genética e a liberdade de investigação científica; 2.6 A importância e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana; 2.7 Análise dos diferentes tipos de manipulação genética e a Lei de Biossegurança (8.974/95).

2.1 Aproximação do Direito à Ética através da principiologia constitucional

Entrando na reflexão aprofundada sobre as relações da Ética com o Direito na área da biomedicina, vale considerar as palavras de Barretto, para quem

a construção de uma racionalidade que procure justificar universalmente alguns direitos e a conseqüente responsabilização por atos que infrinjam essas normas, supõe o reconhecimento de que existem para além do direito positivo um conjunto de valores que devem justificar-se e sobre os quais podem ser formulados direitos, ainda não considerados pelo direito positivo.¹²⁵

Nessa linha, Pereira e Silva afirma que “a originalidade programática do Biodireito está no reconhecimento de que a dimensão operacional do direito não deve se nortear, pura e simplesmente, pelo critério da validade formal; o Biodireito (...) expressa o compromisso operacional com a validade substancial, isto é, com a ‘validade ética’.”¹²⁶ Isso significa que a disciplina dessas matérias deve estar voltada aos matizes de ordem ética e, em especial, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹²⁷

A teoria do “mínimo ético” afirmou que o Direito representa apenas o mínimo indispensável da Moral declarada obrigatória para que a sociedade possa sobreviver.¹²⁸ No entanto, pode-se afirmar que, hoje, são os direitos humanos fundamentais que constituem o “mínimo ético” irrenunciável das sociedades ocidentais e o mais apropriado vínculo de união entre posições diversas em sociedades pluralistas.¹²⁹

Sem dúvida, a Constituição representa a norma jurídica mais importante dentro de qualquer sistema jurídico, visto que ela serve como ponto de partida das demais normas que formam um determinado sistema jurídico, não apenas formalmente, mas também

¹²⁵ BARRETTO, Vicente de P. As relações da Bioética com o Biodireito. In: BARBOZA, Heloísa H.; BARRETTO, V. de P. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 65.

¹²⁶ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito. **Rev. dos Tribunais**, vol. 791, São Paulo, set. 2001, p. 104.

¹²⁷ HIRONAKA, Giselda. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva inquietante. **Rev. Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, 2002, p. 112.

¹²⁸ REALE, Miguel. **Noções preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 42; ADEODATO, João M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 134.

materialmente. Uma das funções básicas das constituições modernas é a garantia dos direitos dos indivíduos e dos grupos contra o poder estatal, através de inserção de catálogos de direitos fundamentais que constituem normas jurídicas “principiológicas”, que consagram valores e estabelecem metas, fins e objetivos, sem prescrição dos atos individuais a serem realizados em cada caso para a perseguição desses fins.

Com a inserção de vastos catálogos de normas principiológicas nas constituições do moderno Estado social, houve uma reorientação na direção dos conceitos morais, antes atribuídos ao jus-naturalismo, característica da nova época do pós-positivismo,¹³⁰ cujos operadores, no entanto, não retornam aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva, mas atuam firmemente dentro do ordenamento jurídico positivo, “reintroduzindo nele as idéias de justiça e legitimidade”.¹³¹

Nas palavras de Sarmento, os princípios constitucionais vêm “escancarando a Constituição para uma leitura moral (Dworkin), pois é sobretudo através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural (...)”.¹³² Os direitos fundamentais também representam, sem dúvida, a base racional de uma determinada concepção ética da pessoa humana, da sociedade e do Estado.¹³³

Para Alarcón, o Direito Constitucional como a Bioética têm por base axiológica a vida do ser humano, sendo ambos produtos de um consenso das forças sociais sobre

¹²⁹ CASADO, Maria. Nuevo Derecho para la nueva genética. In: CASADO, M. (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 69s.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 256ss.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: BARROSO, L. R. (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 28s.

¹³² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 79.

¹³³ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 106.

valores, idéias, pontos de vista.¹³⁴ Sendo assim, a Bioética e o Biodireito devem “andar juntos” com os direitos fundamentais e, especialmente, o princípio da dignidade humana, que é a sua base axiológica, dando unidade de sentido a toda a ordem constitucional.¹³⁵

São justamente as normas principiológicas da Constituição de 1988, como os direitos fundamentais à vida, à saúde, à dignidade, à igualdade e à liberdade, que devem constituir os princípios do novo Biodireito, visto que se aplicam perfeitamente aos temas relacionados à biotecnologia.¹³⁶ Não se deve, no entanto, procurar na Constituição “soluções concretas, mas grandes orientações”.¹³⁷

O método interpretativo de ponderação de princípios constitucionais – hoje bastante utilizado nos tribunais dos países ocidentais, inclusive no Brasil – se aproxima bastante do procedimento de aplicação dos princípios internacionalmente reconhecidos de Bioética.¹³⁸

Ao mesmo tempo, deve-se frisar que as normas jurídicas (especialmente as regras do Direito Penal), com seu caráter coativo, devem ser utilizadas somente como *ultima ratio*, enquanto a sociedade deve dispor de outras técnicas de controle que penetrem no tecido social a partir de diversos âmbitos. Está com razão Casado quando afirma que o Direito moderno dispõe de diversas técnicas (preventivas, sucessivas, repressivas e promocionais) para exercer a sua função de controle social, sendo necessária uma ação

¹³⁴ ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 156s.

¹³⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 56; DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19s.

¹³⁶ BARBOZA, Heloisa H. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. *In*: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, Vicente de P. (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 19ss.; GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 113.

¹³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito e Bioética**. Cascais: Principia, 1998, p. 11 *apud* GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, p. 113.

combinada de todas essas medidas para enfrentar os desafios que as atuais mudanças representam.¹³⁹

É justamente através do emprego dos princípios jurídicos que a função interpretativa se torna menos positivista e legalista, mais flexível e aberta a uma leitura dinâmica do texto constitucional. Assim, torna-se possível um diálogo entre as mudanças ocorridas no social, a exemplo das TRHA, e as normas principiológicas insertas na Constituição, como os direitos à vida, à liberdade de pesquisa e à preservação da família.

Face aos avanços tecnológicos em matéria de reprodução assistida e ao não tratamento expresso do assunto no texto constitucional, tem-se por certo que as possíveis soluções jurídicas serão tomadas à luz da moderna Teoria da Constituição, isto é, a partir da interpretação do sistema de seus valores, princípios e regras.

De um lado, para solucionar conflitos de princípios constitucionais que surgem em razão da utilização das técnicas de TRHA, utilizar-se-á a técnica da ponderação, no momento da aplicação do Direito ao caso concreto. De outro, admite-se neste trabalho que os princípios são o elo, uma ponte ou conexão que liga os aspectos técnicos das TRHA à sua futura lei. Neste sentido, os princípios são o instrumento jurídico-científico que aproxima a *Ética do Direito* no tocante ao tema.

No dizer de Martins-Costa, é por intermédio dos princípios que o Direito “reaproxima-se da dimensão ética”, que por muito tempo foi afastada pela visão formalista legalista. O modelo ultrapassado que pregava a separação entre Direito e os demais saberes do conhecimento humano, em especial, a *Ética*, torna-se cada vez menos aceito nas

¹³⁸ PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. Bioética y valores constitucionais. In: CASADO, M. (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 41, 50ss.

¹³⁹ CASADO, Maria. Nuevo derecho para la nueva genética. In: CASADO, M. (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 66.

comunidades científicas, para dar margem ao conhecimento complementar e interdisciplinar no estudo do fenômeno jurídico.¹⁴⁰

É possível aproximar a Ética do Direito, especialmente no momento da aplicação das normas jurídicas, por intermédio da aplicação dos princípios jurídicos, posto que os mesmos carregam em seu bojo uma “carga valorativa”. Nesse caminho, é dado ao intérprete o poder não apenas de subsumir o fato à norma, mas o poder de *concretizar*, isto é, tornar concretos, atuantes e operativos os princípios jurídicos que traduzem valores.¹⁴¹

As futuras normas sobre as TRHA no Brasil devem lançar mão desses princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro em nível constitucional, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, resultando numa adesão valorativa da comunidade social a sua axiologia.¹⁴²

Além disso, ganha importância o princípio do pluralismo, expresso no art. 1º, V, da CF, que ao reconhecer o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, implicitamente admite a diversidade de convicções e valores morais e culturais, científicos, e, portanto, a aceitação da reprodução assistida na sociedade brasileira.

Gama considera como princípio geral do Biodireito o princípio da democracia, assegurador da cidadania como conjunto de direitos políticos e públicos nas escolhas necessárias, inclusive quanto aos valores éticos e culturais.¹⁴³ O princípio da democracia participativa, aplicado à reprodução assistida, implica a participação popular, através de debates e discussões por parte de todos os segmentos sociais: Direito,

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. **Rev. de Bioética e Ética**, vol. 8, n. 2, Brasília: CFM, 2000, p. 232s.

¹⁴¹ *Idem*, p. 233.

¹⁴² *Idem*, p. 239. Na mesma linha: BRAUNER, M. Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 169.

¹⁴³ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 122.

Sociologia, Biologia, Filosofia, Teologia, Psicologia, por se tratar de tema deveras atual e de implicações na esfera privada do indivíduo, em especial no Direito de Família (maternidade, paternidade e filiação).¹⁴⁴

Outro princípio geral do Biodireito é o da igualdade em sentido material das pessoas humanas, expresso nos arts. 3º, III, e 5º, I, CF. Desse princípio deflui importante contributo jurídico ao direito de procriar artificialmente, em especial quando assegura a proteção igualitária aos filhos (art. 227, § 7, CF), sendo vetada a discriminação dos filhos, independentemente da forma de sua geração, natural ou artificial.¹⁴⁵

É possível, ainda, tomar como princípio do Biodireito – e do direito de procriar artificialmente, enquanto espécie do gênero Biodireito – os princípios constitucionais da justiça social e do solidarismo, previstos no art. 3º, IV, CF, que se referem ao objetivo estatal da promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação, o que representa a juridização do princípio da *beneficência*, trazido pela tradição anglo-saxã da Bioética.¹⁴⁶

No âmbito específico da reprodução medicamente assistida, tais princípios, em especial o solidarismo, se tornam determinantes para a proteção e o desenvolvimento de técnicas reprodutivas, no caso, *in vitro*, que permitem detectar doenças de caráter genético, e sua posterior correção, permitindo assim a promoção de uma vida saudável e, se possível, digna.

2.2 Os princípios como normas jurídicas

Segundo Bonavides, há três fases na teorização dos princípios: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.¹⁴⁷ É uma história de *passagens*: da especulação metafísica e

¹⁴⁴ Cf. FABRIZ, Daury C. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 306ss.

¹⁴⁵ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 121.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 122.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 232ss.

abstrata os princípios passaram para o campo do Direito, ainda com baixa normatividade; da ordem jusprivatista (códigos) passaram para a juspublicista (constituições); da esfera da Filosofia, para a Ciência Jurídica; perderam o caráter de normas “programáticas” (éticas, políticas) e ganharam normatividade jurídica mediante inserção nas constituições; por fim, assumiram os princípios, na época do “pós-positivismo”, hegemonia e preeminência em todo o ordenamento jurídico.¹⁴⁸

Os princípios jurídicos, hoje, são considerados espécie do gênero *norma*, dotados de normatividade e eficácia, assim como as leis, possuindo, entretanto, características e funções distintas daquelas. Além disso, eles estruturam o funcionamento sistemático do ordenamento jurídico, proporcionando metas, objetivos, valores que permeiam a estrutura normativa.

Constituem a essência do sistema, materializam o fundamento das regras,¹⁴⁹ revelando o seu conteúdo. Canotilho enfatiza que os princípios carregam valores que dão fundamento a subprincípios e às regras; eles são vagos e não possuem a determinabilidade de uma regra, que é passível de aplicação direta, necessitando de “mediações concretizadoras” por parte dos seus intérpretes.¹⁵⁰ Além disso, os princípios orientam a interpretação das normas constitucionais e outras produções normativas, além de direcionar a produção legislativa.

Premente é a necessidade de explicação da acepção do termo *princípio*. A distinção é feita entre princípios gerais e princípios enquanto espécie de norma jurídica, que não devem ser confundidos.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 265.

¹⁴⁹ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Rev. do Centro de Ciências Jurídicas da UFRGS**, n. 1, Porto Alegre, 2000, p. 118.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166ss.

Princípios gerais são valores de um dado ordenamento jurídico, fonte secundária do Direito, utilizados quando o juiz em sua atividade interpretativa, e com base na obrigação de julgar e decidir se se vale dos mesmos, na ausência de norma particular expressa. Os princípios gerais dispostos no art. 4 da Lei de Introdução ao CC, utilizados pelos magistrados para fundamentar as suas decisões, na lacuna ou omissão legal, de forma subsidiária em nada se confundem com princípios dispostos na Constituição.

De fato, princípios gerais do Direito são proposições descritivas e não normativas, através dos quais os juristas se referem ao conteúdo e grandes tendências do Direito Positivo.¹⁵¹ Entretanto, pode-se afirmar que a discussão sobre a identificação e a eficácia dos princípios gerais perdeu espaço na medida em que muitos migraram para o ápice do sistema jurídico brasileiro através da sua positivação na Constituição de 1988.

A natureza jurídica dos *princípios jurídicos*, atualmente, não possibilita que sejam resumidos como meros guias, vetores, ou mesmo fonte de inspiração a uma dada norma, até porque os mesmos já acharam a sua efetivação no seu processo de positivação. A utilização dos princípios positivados é obrigatória e dotada de efetiva normatividade.

Com efeito, os princípios jurídicos atualmente são entendidos como espécies do gênero norma jurídica. A doutrina contemporânea considera as normas um gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Essa consideração encontra apoio em autores importantes como Crisafulli, Dworkin e Alexy.¹⁵²

O jusfilósofo norte-americano Dworkin demonstra a distinção entre princípios e regras aferindo aos princípios uma dimensão de peso que não existe nas regras. E lembra que, na colisão de princípios, deve ser observado o peso que é atribuído a cada princípio, a

¹⁵¹ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 80.

fim de se chegar a uma decisão. Para Dworkin, as regras são ou não funcionalmente importantes: neste sentido, uma regra pode ser mais importante do que outra.¹⁵³

O alemão Robert Alexy defende a normatividade dos princípios constitucionais, considerando tanto os princípios quanto as regras como normas jurídicas. Para ele, os critérios para estabelecer tal distinção são vários, entretanto o mais freqüente é o da generalidade.¹⁵⁴ Além do mais, Alexy enfatiza tal distinção especialmente no tocante à colisão de princípios e ao conflito de regras. Destarte, um conflito de regras só poderá ser resolvido se uma das regras for considerada nula, ou se uma cláusula de exceção for introduzida na regra. Juridicamente a regra vale ou não vale, resolvendo-se o conflito de regras na dimensão da validade.¹⁵⁵ Como as *regras* normativas contêm mandamentos claros (“Se A acontecer, então seja B...”), em caso de conflito entre regras, somente uma pode prevalecer (“tudo ou nada”).¹⁵⁶

Ao contrário, a solução de um conflito de princípios ocorre com o recuo de um dos princípios sem que haja a invalidação do outro. Todos os direitos fundamentais possuem caráter principiológico, isto é, consagram valores e, em caso de conflito com outros, não podem ser suprimidos totalmente, mas devem ser “otimizados” através de um processo de sopesamento de ponderação (Alexy).

Por isso, um princípio cede ao outro, e aquele que tiver o maior peso prevalecerá. Resolve-se portanto o conflito de princípios na ordem valorativa e não da validade, como

¹⁵² Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 230ss.

¹⁵³ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 81.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 88.

ocorre com a regra.¹⁵⁷ Assim, haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. A solução dos conflitos e colisões não pode ser encontrada com o recurso à idéia de uma ordem hierárquica entre os valores constitucionais.¹⁵⁸

É imprescindível para as nossas conclusões a conciliação entre a Ética e o Direito. Para tanto, deve, necessariamente, haver a ponderação e a harmonização dos princípios constitucionais, enquanto caminho jurídico cientificamente coerente em busca de uma justa regulamentação das técnicas de reprodução assistida.

2.3 A harmonização dos direitos fundamentais conflitantes como desafio para a futura legislação

Hoje, não há que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais. A vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.¹⁵⁹

A liberdade de pesquisa científica que se desdobra também no uso adequado das TRHA encontraria suas restrições e limites na medida em que se tem por meta a proteção de outros direitos constitucionalmente protegidos, especialmente o direito fundamental à vida, que é o direito básico de qualquer outro, e o princípio da dignidade humana.

¹⁵⁶ É esta a linha de Dworkin, que é, cada vez mais, estudado e aceito na doutrina moderna brasileira; cf. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo L. (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52ss.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

¹⁵⁸ ANDRADE, José C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220s.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 324.

A tentativa de solução dos referidos conflitos deve partir, necessariamente, do legislador, que “tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos, cujas respectivas esferas de proteção se afigurem colidentes, assim como, em casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelecê-los”.¹⁶⁰

De fato, para interpretar uma norma constitucional, e, especificamente, de direito fundamental, é necessária a utilização não apenas dos métodos clássicos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático, teleológico), mas também daqueles que a doutrina contemporânea convencionou chamar de princípios da Nova Hermenêutica Constitucional.¹⁶¹

Para solucionar a colisão de direitos fundamentais em sua generalidade, Farias propõe a observância dos seguintes passos:¹⁶² O intérprete-aplicador deverá verificar se houve, de fato, colisão de direitos fundamentais, ou mera colisão aparente. Em seguida, verificando-se a existência de uma real colisão de direitos fundamentais, caberá ao aplicador realizar a *ponderação* dos vários bens jurídicos envolvidos e primar ao máximo pelo sacrifício mínimo dos direitos envolvidos. Nesta difícil tarefa, o aplicador do Direito poderá guiar-se pelos princípios doutrinariamente consagrados: o princípio da *unidade* da constituição, o princípio da *concordância prática* ou harmonização e o princípio da *proporcionalidade*.

¹⁶⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 165.

¹⁶¹ Por exemplo, os desses princípios da *unidade da Constituição*, da *concordância prática* e da *força normativa da Constituição*; cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 65ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

¹⁶² FARIAS, Edilson P. de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 96ss.

O princípio da proporcionalidade surgiu no Direito Administrativo alemão, e logo foi transposto para o Direito Constitucional, especialmente em sede de direitos fundamentais. Embora a Carta brasileira não tenha positivado o princípio da proporcionalidade expressamente, como a portuguesa, sua aplicação em nível constitucional tem sido observada em um número crescente de julgados do Supremo Tribunal Federal.¹⁶³

O princípio da *unidade da Constituição* implica a contemplação da Lei Maior como um todo, com o intuito de extrair dentro do próprio sistema constitucional o instrumental valorativo ético e jurídico necessário. É daqui que devem ser extraídos os valores superiores de nosso ordenamento: a liberdade, a igualdade, a cidadania, o pluralismo político e o direito à vida que se expressa no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Num segundo momento, deve-se dar prioridade ao princípio da *concordância prática* ou da harmonização, onde os direitos fundamentais e valores constitucionais envolvidos deverão ser harmonizados no caso concreto, utilizando-se de um juízo de ponderação racional e permitindo-se ao mesmo tempo preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos. Deve-se buscar a “conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra”.¹⁶⁴

Uma vez harmonizados e ponderados racionalmente os direitos colidentes, proceder-se-á à observância da máxima da *proporcionalidade*, isto é, a realização do princípio de “concordância prática” no caso concreto: entre os bens e valores jurídicos

¹⁶³ Cf. MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 38ss.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 183.

conflitantes, um deve prevalecer no caso concreto, sem que seja sacrificado um em benefício de outros (“otimização”).¹⁶⁵

Em seguida se procede, se necessário for, à preferência de um direito sobre outro. Segundo Alexy, no processo de ponderação, “a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro”.¹⁶⁶ Esclareça-se que o princípio da proporcionalidade atua como instrumento de interpretação apto a solucionar colisão entre direitos fundamentais, tendo em vista que a sua utilização é baseada em critérios objetivos e ponderados, permitindo a redução de incertezas na aplicação da lei.

Enfim, esgotadas as possibilidades interpretativas de índole constitucional, com a utilização de princípios como: a utilização da Constituição, efeito integrador, máxima da efetividade, força normativa da Constituição, conformidade funcional, interpretação conforme à Constituição e concordância prática ou harmonização, resta a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de resolver o dilema do conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ocuparem a mesma posição hierárquica normativa.

Dito isto, se infere que o princípio da proporcionalidade, segundo Guerra Filho,¹⁶⁷ pode ser considerado o “princípio dos princípios”, determinando a busca de uma solução de compromisso, respeitando os demais princípios em conflito, a um só passo que desrespeita o mínimo o outro, sem ferir-lhe o núcleo essencial. O princípio da proporcionalidade é o parâmetro de solução dos conflitos.

¹⁶⁵ GUERRA FILHO, Willis S. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 42s.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161.

É concluso, portanto, que o referido princípio é perfeitamente aplicável enquanto critério metodológico de hermenêutica, permitindo soluções coerentes conduzindo a uma melhor orientação da atividade julgadora. A harmonização do conflito de normas de direito fundamental acima citado irá depender do caso concreto a ser apresentado ao aplicador da lei.

No entanto, é importante ressaltar que a doutrina dominante do Direito Constitucional alemão, que veio a influenciar fortemente a formação das teorias em outros países como Portugal, Espanha e também o Brasil, considera o direito à vida e à dignidade humana fora de qualquer processo de restrição ou ponderação com outros direitos fundamentais.¹⁶⁸

A base desse raciocínio é a proteção total do chamado “núcleo essencial” de cada direito fundamental, uma área de conteúdo mínimo que não pode ser restrita sem que o próprio direito seja anulado,¹⁶⁹ o que não se permite com vistas aos sistemas de “cláusulas pétreas”. Para essa linha, a especificidade do direito fundamental à vida é o seu caráter absoluto.¹⁷⁰

2.4 Direitos de proteção ao patrimônio genético como direitos humanos da “Quarta geração”?

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, aprovada pelos 186 países-membros da UNESCO, levou ao reconhecimento de uma nova

¹⁶⁷ GUERRA FILHO, Willis S. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 42.

¹⁶⁸ Especialmente a legislação penal alemã sobre o aborto, no início dos anos 70 do século XX; cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1140s.

¹⁶⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 267s.

categoria de direitos humanos no âmbito da biologia e do patrimônio genético e à obrigação dos países signatários – no sentido de *soft law* – de incorporar às suas Constituições nacionais as disposições do texto internacional.¹⁷¹

Essa Declaração representa a positivação internacional do Biodireito, que abrange em seu amplo conteúdo a reprodução humana assistida, que deve levar à criação de uma nova ordem ético-jurídica no âmbito interno de cada país signatário. As regras jurídicas a serem elaboradas devem estar em conformidade, também, com os princípios e regras do referido documento.¹⁷²

Bobbio, dentro de uma perspectiva histórica, chega a afirmar que “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. É importante frisar que o próprio autor lembra que, embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.¹⁷³

Em nível nacional, não são unânimes os entendimentos sobre o enquadramento dos direitos ligados às ameaças da biotecnologia e engenharia genética numa possível “quarta geração” (ou “dimensão”) de direitos fundamentais.

¹⁷⁰ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 37s.

¹⁷¹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 109s.

¹⁷² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 110s.

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

Enquanto Moraes¹⁷⁴ entende a tutela da integridade psicofísica como postulado essencial do princípio da dignidade, vinculada aos direitos humanos de quarta geração, decorrentes das questões surgidas dos avanços tecnológicos, Bonavides¹⁷⁵ tem por “quarta geração” os direitos fundamentais referentes à democracia, à informação e ao pluralismo. Nessa visão, o homem procura uma adequação da sua concepção jurídica às novas necessidades criadas por ele próprio.¹⁷⁶

Para Barretto, a assinatura da mencionada Declaração sobre o Genoma significa um importante passo na transição das categorias éticas para normas jurídicas através do Direito Internacional, tendo ela estabelecido “uma nova categoria de direitos humanos, o direito ao patrimônio genético e a todos os aspectos de sua manifestação”.¹⁷⁷

No mesmo sentido, Alarcón sustenta a tese da aparição de uma quarta geração dos direitos fundamentais em virtude dos avanços da biotecnologia e da engenharia genética, que levariam, necessariamente, a uma noção essencialmente nova da proteção da vida humana, objetivo supremo de toda ordem jurídica. As novas possibilidades na área da genética obrigariam a “retornar e procurar um sentido mais acurado do *individual*”, partindo da perspectiva do indivíduo e concluindo com o patrimônio genético da humanidade, ao contrário dos direitos da terceira geração, que assumem o coletivo como sujeito jurídico.¹⁷⁸

¹⁷⁴ MORAES, M. Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 81ss.

¹⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524ss.

¹⁷⁶ ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 84.

¹⁷⁷ BARRETTO, Vicente de P. Bioética, Biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo L. (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 414. De qualquer forma, uma análise aprofundada dessa questão ultrapassa os propósitos deste trabalho.

¹⁷⁸ ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 87ss., 96s.

Entretanto, Sarlet observa que a afirmação de uma “quarta geração” de direitos fundamentais, na verdade, significa “vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”.¹⁷⁹

2.5 As técnicas de reprodução assistida, a manipulação genética e a liberdade de investigação científica

O conflito entre a o progresso da ciência e certos valores básicos da existência humana não representa um conflito meramente bioético, mas uma colisão de princípios constitucionais. O art. 5º, inciso IX, da CF de 1988 proclama ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, *científica* e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” (Grifo nosso.)

E, segundo o art. 218, CF, “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º – A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.”

A livre ciência possui forte referência social e representa a base do progresso e da civilização, do desenvolvimento tecnológico e do bem-estar econômico na sociedade. Por isso, a investigação científica e tecnológica deve continuar a sua expansão e não deve ser limitada, a não ser com base em critérios fundados e razoáveis que evitem a sua colisão com os direitos humanos e com a dignidade dos indivíduos. O Direito não poderá bloquear

¹⁷⁹ SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53.

o progresso tecnológico, entretanto, todo o percurso legislativo há de ser trilhado com uma grande dose de prudência, de equilíbrio e bom senso.¹⁸⁰

Desde o início, deve ser enfatizado que é a liberdade da própria atividade científica o objeto de proteção deste direito fundamental, não somente a expressão dos seus resultados. A comunicação destes não pode ser separada do processo da obtenção das informações materiais que formam o conteúdo da ciência. O bem jurídico da liberdade científica consiste na pesquisa como livre atividade humana.

Com razão enfatiza Bobbio que “o direito à liberdade científica consiste não no direito a professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica”.¹⁸¹ Não é protegida, portanto, a “pesquisa em si”, mas a liberdade de exercer a pesquisa. Nessa linha, pode-se afirmar que o texto constitucional reconheceu implicitamente a liberdade de pesquisa enquanto procedimento científico anterior à atividade científica.¹⁸²

Como o tema da extensão e dos limites da liberdade científica foi pouco discutido entre os autores brasileiros, faz-se necessário um estudo de Direito Comparado, especialmente da doutrina germânica, que trata do assunto com maior profundidade.

O art. 3º, inciso 3, da LF da Alemanha dispõe: “Arte e ciência, pesquisa e ensino são livres. A liberdade do ensino não dispensa ninguém da lealdade à Constituição.” Segundo o entendimento alemão, a “ciência livre” está composta pelos conteúdos parciais da *pesquisa* e do *ensino*, que formam em conjunto a liberdade científica.

¹⁸⁰ SOEIRO, José M. Borges. Bioética e Direito: a procriação assistida. Disponível em: <www.informac.gov.mo/aam/portuguese/boletim/2/art4-2.html>. Acesso em maio 2004.

¹⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

A Corte Constitucional Alemã estendeu esta garantia de liberdade “a qualquer atividade científica, isto é, tudo que, por seu conteúdo ou sua forma, deve ser considerado uma tentativa séria e planejada para a investigação da verdade”, o que inclui a busca e o esforço metódico pelo conhecimento, a possibilidade de errar e a abertura para a comunicação.¹⁸³

Isto significa que o processo de levantamento e transmissão de conhecimentos científicos, que está norteado por leis próprias, deve ficar, a princípio, isento da interferência estatal. É dever do legislador respeitá-la e somente efetuar restrições a essa liberdade para garantir os outros valores consagrados na Constituição, mantendo, assim, a unidade desta.¹⁸⁴

Em relação às TRHA, não parece adequado o rechaço do progresso científico, sendo preciso criar uma regulamentação adequada que respeite, ao mesmo tempo, os ditames da liberdade e da dignidade do ser humano.¹⁸⁵ No entanto, a utilização das TRHA não é somente ligada ao exercício da liberdade científica. Muitas das técnicas já foram pesquisadas, documentadas e estão disponíveis para os profissionais da área. Isto significa que, a partir da divulgação dos resultados de novas pesquisas nesse âmbito, a norma protetiva constitucional que incide a partir de sua utilização na prática seria o direito fundamental ao livre exercício da profissão (art. 5, XIII, CF).

¹⁸² Cf. FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e Direito, Bioética. **Rev. do Conselho Federal de Medicina**, vol. 4, n. 1, Brasília, 1996, p.17ss.

¹⁸³ BVerfGE n. 35, p. 79ss, 113; n. 47, p. 327ss., 367 (trad.: Andreas Krell).

¹⁸⁴ BVerfGE n. 35, S. 112ff. (trad.: Andreas Krell).

¹⁸⁵ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 23.

No entanto, como a manipulação genética de embriões humanos ainda parece estar ligada muito mais às atividades de investigação e pesquisa sobre o genoma humano, não será aprofundada aqui a análise dos limites do direito ao exercício profissional.

Em virtude desse direito fundamental, existe uma clara presunção de que a pesquisa é permitida sobre qualquer assunto e objeto.¹⁸⁶ Isto significa que, *prima facie*, qualquer atividade científica é legítima, independentemente de seus meios e modos: como consequência, não é o pesquisador que deve expor a justificativa dos seus atos, mas o Estado ou o terceiro prejudicado, que carregam o ônus de prova de que a sua posição merece preferência.

A Constituição brasileira garante, da mesma forma como a Lei Fundamental alemã, o direito fundamental à livre expressão científica sem “reserva de lei” (*Gesetzesvorbehalt*), isto é, a menção expressa do texto constitucional de que o respectivo direito deve ser concretizado por uma lei, seja ela complementar ou ordinária (“nos termos da lei”).

Quando a Constituição não impõe diretamente nenhuma restrição a um direito fundamental, entretanto, autoriza uma lei infraconstitucional a impô-la, está-se diante daquilo que a doutrina denomina “reserva de lei”.¹⁸⁷ Neste caso, caberá ao legislador dirimir as possíveis colisões de direitos fundamentais. Verificada a reserva de lei para, pelo menos, um dos direitos colidentes, o legislador poderá solucionar a colisão comprimindo o direito restringível.¹⁸⁸

Segundo o entendimento alemão, o legislador pode restringir os direitos fundamentais sem reserva legal somente por razões excepcionais, quando outros bens

¹⁸⁶ RIEDEL, Eibe. The constitution and scientific and technical progress. In: STARCK, Christian (ed.). **New Challenges to the German Basic Law**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 82.

¹⁸⁷ Cf. FARIAS, Edilson P. de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 74s..

¹⁸⁸ *Idem*, p. 94s.

jurídicos consagrados na Lei Fundamental exigem uma limitação, que deve ser efetuada de maneira menos gravosa possível. É a teoria dos “limites imanentes à Constituição”.¹⁸⁹

Os limites *imanentes* encontram fundamento no próprio exercício dos direitos fundamentais, que têm seus limites no exercício dos direitos de terceiros, na ordem social e na ética que lhes é imanente.¹⁹⁰ É evidente que o conteúdo do direito fundamental relativo à liberdade de pesquisa deve ser limitado e restrito, e esta limitação se verifica na Constituição de forma implícita.

A doutrina brasileira tem pouco tratado desse assunto. Mendes entende que o art. 2º, inciso II, da CF de 1988 estabelece uma cláusula de reserva legal subsidiária.¹⁹¹ No entanto, a própria doutrina alemã entende que, onde esta reserva legal existe, a conformação do direito pelo legislador não significa que ele detenha absoluto poder de disposição sobre a matéria.¹⁹²

Ao mesmo tempo, onde não há a inserção de uma “reserva de lei” no texto constitucional, isto não significa que o legislador ordinário não possa instituir restrições do respectivo direito fundamental para harmonizar o seu exercício com outras posições jus-fundamentais colidentes. Assim, pode-se afirmar que, de qualquer modo, uma limitação da liberdade científica deve ser sempre condicionada pelo emprego do princípio (ou máxima) da proporcionalidade.¹⁹³

¹⁸⁹ Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1143s.

¹⁹⁰ STUMM, Raquel D. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 66s., 142ss.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar F. *et alii*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 240.

¹⁹² *Idem*, p. 216.

¹⁹³ Cf. STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33ss., 45ss.

Por sua origem histórica, o direito fundamental da liberdade científica deve ser considerado um clássico “direito de defesa” contra ingerências do Poder Público, que protege o âmbito livre de responsabilidade autônoma da pessoa individual do cientista. Essa liberdade é atribuída tanto à pesquisa promovida por instituições públicas de pesquisa (v.g.: universidades) quanto pesquisadores privados (pessoas físicas e jurídicas), sob acréscimo da proteção jusfundamental da liberdade do exercício profissional e da propriedade, como extensão da liberdade individual do pesquisador, assegurando as condições organizacionais e financeiras de seu trabalho.¹⁹⁴

No entanto, a liberdade de pesquisa não pode ter um caráter absoluto, “maleável à vontade de cada pesquisador”.¹⁹⁵ São evidentes as graves ameaças resultantes da criação, do desenvolvimento e da utilização de novas tecnologias e da experimentação científica no campo da manipulação genética.¹⁹⁶

Assim, o pesquisador científico, por princípio, não pode dispor de direitos à vida, saúde e propriedade de outras pessoas; estes direitos fundamentais estão fora do alcance da área de proteção da liberdade científica. Somente o legislador, vinculado pelo princípio da proporcionalidade, pode determinar quais bens jurídicos merecem preferência.

Nesse sentido, a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina (“Convenção de Oviedo”), do Conselho da Europa, de 1997, deixa para os seus estados-membros a decisão se permite ou não a pesquisa em embriões humanos, mas com a ressalva de que, em caso de permissão, “deve ser assegurada a proteção adequada do embrião” (art. 18), sem que conste como esta proteção deve ser implementada e a quais objetos de proteção legal deve ser dada a prioridade. A Convenção não protege o embrião fertilizado *in vitro* de exploração industrial ou científica, ainda que o seu art. 2 demande que ao interesse e bem-

¹⁹⁴ BVerfGE 15, 256, 263 (trad.: Andreas Krell).

¹⁹⁵ Cf. DE LUCCA, Newton. Painel sobre a discussão dos aspectos éticos e morais do uso da biodiversidade. **Revista CEJ**, nº 1, Brasília, 1997, p. 67.

estar da vida humana deve ser dada a prioridade sobre o “mero interesse da sociedade ou das ciências”.¹⁹⁷

Para Habermas, o uso de embriões exclusivamente para pesquisa ou para desenvolver órgãos ou tecidos para transplantes e tratamento de enfermidades de outras pessoas, na verdade, não é um caso de “conflito” entre duas vidas humanas, por não levar a nenhum benefício para a vida que se sacrifica, sendo esta simplesmente instrumentalizada ao serviço de outras vidas;¹⁹⁸ esse caso não pode ser visto como processo normal de “ponderação” entre bens.¹⁹⁹ Visto sob este ângulo, faltaria, desde o início, uma justificativa constitucional para a pesquisa científica “em” outros seres humanos, cuja incolumidade corporal é atingida.

Nesse ponto, é oportuno lembrar também, com Habermas, que a dinâmica sistêmica da ciência, da técnica e da economia é capaz de produzir fatos consumados que não podem mais ser “normativamente recuperados”, considerando-se que a experiência histórica do progresso das ciências médicas deixa aparecer as intervenções legislativas como “tentativas vãs de se opor à tendência de liberdade que domina a modernidade social”.²⁰⁰

No entanto, deve-se lembrar que Habermas não admite a distinção entre embrião e pré-embrião. Para nós, a própria *vida* humana individual somente começa a partir do 15º dia após a junção do óvulo e do espermatozóide, o que viabiliza a pesquisa do pré-embrião para fins terapêuticos gerais. Ao mesmo tempo, não desconsideramos a dignidade da vida humana neles contida.

¹⁹⁶ LOUREIRO, João C. Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 365.

¹⁹⁷ Cf. VITZTHUM, Wolfgang G.; KÄMMERER, Jörn A. Law and medicine in Germany. *In: STARCK, Christian (ed.). Constitucionalism, universalism and democracy – a comparative analysis*. Baden-Baden: Nomos, 1999, S. 316s.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: A caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 97.

¹⁹⁹ Cf. ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 57s.

²⁰⁰ *Idem*, p. 35, 25.

2.6 A importância e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana

A *dignidade* constitui o referente ético essencial do Direito. Ela emana do respeito que todo ser humano merece por sua mera e simples condição, por ser “pessoa” e não “coisa”, e poder exigir ser tratado com respeito e não ser utilizado como se fosse um objeto de propriedade de alguém.²⁰¹

A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como princípio fundamental do Estado brasileiro, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida até a sua morte. Esse princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.²⁰²

A base do entendimento ocidental de dignidade humana parece ser a concepção de Kant, que afirmou na sua obra *Fundamentos da metafísica dos costumes* (1785) que o homem não podia ser tratado – nem por outro homem, nem sequer por si mesmo – puramente como *meio*, sendo ele um *fim em si* mesmo, no que consistiria a sua dignidade, pela qual ele se eleva sobre todas as demais essências não humanas do mundo. Afirma o famoso filósofo.²⁰³

Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objecto que possa ser utilizado *simplesmente* como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado

²⁰¹ Cf. PORRAS DE CORRAL, Manuel. **Biotecnologia, derecho y derechos humanos**. Córdoba: Publicaciones CajaSur, 1996, p. 35.

²⁰² GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 217.

²⁰³ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 70s., 77. *Vide também*: MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Los derechos humanos como derechos inalienables. *In*: BALLESTEROS, J. (ed.). **Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 91.

sempre em todas as suas acções como fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, ou degradar ou o matar.

A dignidade humana assegura o respeito ao ser humano só pelo fato de ser homem, considerado em si e *per se*, independentemente do grupo social ou comunidade na qual o indivíduo esteja inserido. Segundo Miranda, a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é dignidade da pessoa individual e concreta, sendo o primado da pessoa o *ser*, não o *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade.²⁰⁴

O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana significa a “objetivação em forma de preposição jurídica do valor da dignidade do homem”.²⁰⁵ O valor da dignidade humana se traduz e se materializa juridicamente pela observância desse princípio. Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da dignidade humana como um princípio explícito que assegura as exigências básicas do ser humano em suas várias dimensões.

Por fim, o princípio da dignidade humana é considerado por muitos como “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais” e como cláusula aberta respaldando o surgimento de novos direitos não expressos na Constituição, mas nela implícitos. Dessa forma, recorre-se ao princípio da dignidade humana como critério interpretativo de todo ordenamento jurídico constitucional.²⁰⁶

Loureiro, após aprofundada análise da doutrina alemã e portuguesa sobre o assunto, define a dignidade humana como “valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética e que alicerça uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos”. Ao mesmo tempo, ele

²⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV: Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 169s.

²⁰⁵ FARIAS, Edilson P. de, **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 49.

²⁰⁶ *Idem*, p. 54.

lamenta a “desvalorização argumentativa” que o conceito da dignidade humana tem sofrido através do “uso inflacionado desta expressão mágica”.²⁰⁷

Para Porras Del Corral, a dignidade sempre deve estar presente na hora de concretizar o jurídico, de que constitui referência ética essencial. Ela emana do respeito que todo ser humano merece por sua mera e simples condição de ser *pessoa* e não coisa e se manifesta no respeito aos seus direitos humanos.²⁰⁸ Dentro dessa visão de um “personalismo ético”, reconhece-se em cada homem um fim, um sujeito, um valor, uma dignidade inalienável, numa perspectiva incompatível com uma visão meramente utilitarista, materialista ou biologista do homem que, de fato ou de Direito, o reduz a um objeto, meio ou instrumento ao serviço de outros fins.²⁰⁹

Sarlet mostra que a conceituação do termo dignidade humana é extremamente difícil, visto que possui “contornos vagos e imprecisos”, sendo, normalmente, “mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é”.²¹⁰ Por isso, a maioria dos autores alemães somente julga possível uma “definição negativa da dignidade”.²¹¹ Na discussão sobre sua qualidade como norma-princípio (dever-ser; deontologia) ou valor (ser; ontologia), basta constatar que a dignidade humana preenche,

²⁰⁷ LOUREIRO, João C. Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 278, 281s.

²⁰⁸ PORRAS DEL CORRAL, Manuel. *Biotecnología, derecho y derechos humanos*. Córdoba: Publicaciones CajaSur, 1996, p. 35.

²⁰⁹ HOOFT, Pedro F. *Bioética y derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 71.

²¹⁰ SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38s.

²¹¹ Cf. RIEDEL, Eibe. The constitution and scientific and technical progress. *In: STARCK, Christian (ed.). New Challenges to the German Basic Law*. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 75s.

hoje, as exigências das duas categorias, visto que ocupa “lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico”.²¹²

Especialmente na Alemanha, há vários autores²¹³ que não admitem uma ponderação da dignidade humana atribuindo-lhe uma natureza absoluta e alegando que ela, em todos os casos, teria que prevalecer em relação aos demais princípios. No entanto, a prática mostrou que também o princípio da dignidade humana (e não o valor) pode ser realizado em diversos graus.²¹⁴

Assim, Sarlet afirma que “o valor absoluto de cada ser humano, contudo, não afasta a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa e em alguma de suas facetas”. Segundo Alexy, a exigência da proteção da dignidade pode se manifestar tanto como princípio quanto como regra, dependendo das circunstâncias sob as quais a dignidade pode ser violada.²¹⁵

De qualquer forma, deve-se tomar cuidado, visto que a referência ao argumento da dignidade humana leva facilmente à demarcação de uma “zona de tabu”, em detrimento de ponderações e discussões sobre um tema de difícil fixação teórica e alta mobilidade. Na base de 2.500 anos de história da filosofia mundial, corre-se o risco de uma influência

²¹² SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37; na mesma linha, afirmando a natureza de valor e princípio da dignidade humana: GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 140s.

²¹³ Cf. ARNOLD, Rainer. Bioética e a Constituição: os limites constitucionais da biotecnologia. In: BARROS, S. Resende de; ZILVETI, Fernando A. (coords.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 241s.

²¹⁴ SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41, 75ss.; no mesmo sentido: GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 150.

²¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 106ss., 344ss. O autor alemão traz o exemplo da permissão de escuta telefônica, onde o princípio da proteção do Estado pode ter precedência em relação à dignidade da pessoa atingida pela medida. *Vide* também: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1140.

imediate e “não filtrada” de filosofias ou ideologias particulares que determinam a interpretação jurídica do conceito da dignidade humana.²¹⁶

Por isso, a Corte Constitucional alemã definiu a dignidade humana cautelosamente como “algo não ligado ao tempo, *a priori*, ao mesmo tempo condicionado por situações e dependente do tempo, onde tudo depende do caso individual”.²¹⁷

Jürgen Habermas, em ensaio recente, assume posicionamento firme em direção a um rígido controle normativo das novas técnicas de manipulação do genoma humano. No que diz respeito à extensão da proteção jurídica da vida humana, ele afirma a necessidade de distinção entre a dignidade da *vida* humana em abstrato e a dignidade garantida juridicamente a toda *pessoa* humana.²¹⁸

Para o filósofo alemão, a capacidade de intervenção na estrutura genética humana pode levar a uma profunda alteração da *autocompreensão ética da espécie*, compartilhada por todas as “pessoas morais”, capaz de se refletir na condução de suas vidas, na sua atuação responsável e na forma de lidar com os outros. Por consequência, os indivíduos não se compreenderiam mais como “seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”.²¹⁹

Segundo Habermas, a possibilidade de uma “apropriação autocrítica da história da própria formação” não ocorreria do mesmo modo em relação às pessoas que sofressem manipulação genética por parte de seus “criadores”, levando à confusão de limites entre pessoas e coisas, sujeitos e objetos. Essas pessoas produtos de intervenções eugênicas poderiam ser profundamente prejudicadas na sua liberdade ética por não se “sentirem em casa no próprio corpo vivo” e serem impedidas de “se compreender livremente como autor único da sua própria vida”.²²⁰

²¹⁶ RIEDEL, Eibe. The constitution and scientific and technical progress. In: STARCK, Christian (ed.). **New Challenges to the German Basic Law**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 75.

²¹⁷ BVerfGE n. 30, p. 1ss., 25 (trad.: Andreas Krell).

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: A caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51s.

²¹⁹ *Idem*, p. 18, 36ss., 47, 57ss.

²²⁰ *Idem*, p. 19s, 80s, 87.

Afirma ele ainda que “na medida em que o indivíduo em crescimento manipulado de forma eugênica, descobre seu corpo vivo também como algo fabricado, a perspectiva do participante da ‘vida vivida’ colide com a perspectiva reificante dos produtores ou artesãos”.²²¹

A grande maioria dos autores alemães entende que o ser humano ainda não nascido também é portador de tal dignidade, ao lado das pessoas que não dispõem efetivamente das capacidades ou habilidades tipicamente humanas.²²² Concordamos com Benda²²³ quando alega que “a consciência da imperfeição natural do ser humano contradiz, desde o ponto de vista constitucional da dignidade humana, quaisquer intentos de conduzi-lo por meio de modificações genéticas a um estado imaginário de perfeição.”²²⁴

Na Alemanha, no final dos anos 80, o debate entre os juristas centrou-se na questão se o mandamento constitucional de respeito à dignidade humana obrigaria o legislador a adotar medidas de prevenção contra os riscos de uma manipulação genética do homem. Enquanto uma parte da doutrina defendeu a aplicação das novas técnicas sob invocação da liberdade da pesquisa científica (art. 5º, III, da LF) e da autodeterminação das pessoas envolvidas, a Lei de Proteção dos Embriões (*Embryonenschutzgesetz*), de 1990, resolveu proibir a utilização indiscriminada de embriões humanos, a manipulação de células reprodutivas humanas, bem como a criação artificial de seres monstruosos e híbridos.

O autor relata que, na Alemanha contemporânea, existe quase unanimidade sobre a necessidade da limitação da manipulação genética do homem, inclusive nos casos em que se

²²¹ *Idem*, p. 71.

²²² MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Los derechos humanos como derechos inalienables. In: BALLESTEROS, J. (ed.). **Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 91ss.; SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 45.

²²³ Os Ministérios da Justiça e da Pesquisa e Tecnologia da Alemanha, em 1984, encarregaram um grupo de trabalho composto por médicos, biólogos, filósofos, juristas e religiosos, sob a presidência de Ernst Benda, ex-presidente da Corte Constitucional Alemã, de realizar um relatório sobre a fecundação *in vitro*, a análise do genoma humano e a terapia genética, a famosa *Comissão Benda*.

pretenda “servir a um bom fim”, como, por exemplo, para eliminar enfermidades hereditárias. Isto, segundo ele, demanda uma nova concepção de dignidade humana, que protege não somente as pessoas diretamente afetadas, mas também as futuras gerações, os seres humanos ainda a serem concebidos, visto que as modernas técnicas de manipulação são capazes de interferir decisivamente no seu material genético e, assim, determinar as condições das suas futuras existências individuais.²²⁵

Para Ferraz, uma consequência dessa dignidade é que o ser humano não pode ser objeto livremente manipulável pelas técnicas de engenharia genética.²²⁶ Nessa mesma linha, afirma Arnold que a base de toda a Bioética é a garantia constitucional da dignidade humana.²²⁷

E, em atenção a este princípio máximo, seria perfeitamente possível vedar a utilização de TRHA para a seleção de características humanas, evitando-se a eugenia, e proibir o seu uso para a reprodução idêntica do código genético humano, a clonagem. O mencionado princípio afasta também a futura legislação brasileira da tentativa de permitir a comercialização dos gametas, que deverão ser gratuitamente entregues às clínicas de fertilização.

2.7 Análise dos diferentes tipos de manipulação genética e a Lei de Biossegurança (8.974/95)

²²⁴ BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, E. *et alii* (orgs.). **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: IVAP/Marcial Pons, 1996, p. 125.

²²⁵ *Idem*, p. 134s.

²²⁶ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 28.

²²⁷ ARNOLD, Rainer. Bioética e a Constituição: os limites constitucionais da biotecnologia. In: BARROS, S. Resende de; ZILVETI, F. A. (coords.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 240.

No caso de embriões humanos, produzidos mediante fecundação *in vitro*, que são “descartados” por não serem implantados num útero feminino (por qualquer razão que seja), pode-se defender a incidência do direito fundamental à vida, caso se aceite a titularidade de direitos do embrião a partir do ato da junção do esperma com o óvulo.

A problemática, no fundo, é igual à do aborto, especialmente para aqueles que não aprovam a orientação do Relatório Warnock e da Resolução n. 1.358/92, do CFM, no sentido de que somente existe um “pré-embrião” nos primeiros 14 dias após a fecundação. Uma solução aqui pode ser a criopreservação, dentro de certos limites.

No que concerne à manipulação genética em embriões, produzidos mediante fecundação *in vitro*, pode-se invocar o princípio constitucional da dignidade da vida humana para proibir tais procedimentos. Um bom exemplo para a aplicação concreta do princípio da dignidade humana é a proibição da venda de embriões mortos para a indústria de cosméticos. Caso a lei não estabeleça este veto, caberá ao Executivo e/ou o Judiciário coibir tais “negócios”.

A Lei da Biossegurança (n. 8.974/95, art. 13, I) proibiu totalmente a manipulação genética de *células germinais humanas*, assumindo uma posição bastante restritiva em relação a quaisquer pesquisas nesse sentido, que pode ser comparada à Lei Alemã de Proteção de Embriões, de 1990. No entanto, a mencionada legislação permite a intervenção em material genético humano *in vivo*, para tratamento de defeitos genéticos. No entanto, é preciso definir quais atos podem ser considerados “manipulação genética”.

Um tipo das diferentes “terapias genéticas” é a *somática*, aplicável a uma pessoa viva (criança ou adulto) e baseando-se na intervenção num genoma, que não é aquele da descendência. A finalidade aqui é a terapia de doenças, e não o aprimoramento das características genéticas. Injetam-se, por exemplo, células-tronco humanas obtidas através

de fetos abortados (não para este fim) em partes do cérebro do doente. Uma forma de ganhar estas cobiçadas células-tronco é a conservação do cordão umbilical depois do parto.

Ao contrário da modificação das células somáticas, uma modificação *germinal gênica* consiste na manipulação do genoma humano com a finalidade de sua alteração, sendo esta duradoura e transmissível hereditariamente.²²⁸ Muitos autores consideram contrária à dignidade humana a pesquisa e a terapia em relação às características genéticas individuais, que, por sua vez, serão transferidas aos filhos (genoma da descendência).

Outros defendem que estas intervenções devem ser permitidas para curar moléstias hereditárias graves.²²⁹ Assim, há autores que alegam que a citada Lei alemã, de 1990, foi longe demais ao vetar e sancionar categoricamente qualquer aplicação da tecnologia genética em células germinais humanas para fins médicos.²³⁰

Outras terapias genéticas têm como objeto de intervenção as células germinais humanas: os gametas (espermatozóides e óvulos), os pré-embriões (até 14 dias após a fecundação) e os próprios embriões e fetos humanos. Estas intervenções e experimentos são estritamente proibidas em vários países, inclusive o Brasil, independentemente da sua finalidade.

No entanto, já é muito utilizado o rastreamento (*scanning*) dos genes do pré-embrião, chamado de “diagnóstico genético pré-implantação”, (ainda) sem a possibilidade de uma alteração pontual do DNA. No entanto, pré-embriões nos quais são detectados

²²⁸ Cf. SANTOS, M. Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio de um pêndulo. A Bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone 1998, p. 163.

²²⁹ ARNOLD, Rainer. Bioética e a Constituição: os limites constitucionais da biotecnologia. *In*: BARROS, S. Resende de; ZILVETI, F. A. (coords.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 244s.

²³⁰ Assim: RIEDEL, Eibe. The constitution and scientific and technical progress. *In*: STARCK, Christian (ed.). **New Challenges to the German Basic Law**. Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 81.

indícios de doenças, normalmente são “descartados”, isto é, não há uma implantação definitiva no útero materno.

Para fins de eliminação de doenças genéticas, Alarcón considera permissível a terapia genética em células somáticas ou células-tronco de embriões que seriam destruídos por não serem implantados no útero,²³¹ querendo estender essa licitude também para as terapias genéticas em células *germinais* humanas e até para a técnica de clonagem celular para a solução de doenças genéticas, visto que “não se trata de duplicar pessoas, mas de combater doenças”; no entanto, ele nega a inconstitucionalidade de manipulações genéticas para fins de mera experimentação.²³²

No caso da produção de pré-embriões humanos para fins do aproveitamento de células-tronco, que podem ser aproveitados para a “criação” de órgãos e tecidos humanos, é possível afirmar uma violação do princípio da dignidade da vida humana, visto que se trata da produção de um embrião sem que haja a intenção de que este se desenvolva para um feto e, depois, nasça.

Ao mesmo tempo, deve-se lembrar que uma liberação do mencionado “diagnóstico genético pré-implantação”, concebido como exame de precaução contra doenças hereditárias do embrião, pode facilmente ser estendida às intervenções genéticas em células somáticas (ou até germinais), que têm por finalidade a prevenção dessas doenças ou outras semelhantes, tornando-se inviável a separação entre a – apenas terapêutica – “eugenia negativa” (justificada), e a “eugenia positiva” (injustificada) para fins de aperfeiçoamento.²³³

²³¹ ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 148s., 294s.

²³² *Idem*, p. 297ss., 310. O autor afirma que é preciso imenso labor de interpretação e conhecimentos técnicos para saber o que seria uma “manipulação genética de células germinais humanas” (p. 302).

²³³ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: A caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 24, 26ss., 72.

O referido diagnóstico e suas conseqüências ainda guardam um outro perigo: quem começa a querer distinguir entre “o que é digno ou não de viver”, facilmente pode “perder o freio”. É o efeito que Habermas chama de “bola de neve” ou, literalmente, “ruptura de diques”, alegando que

na medida em que a produção e a utilização de embriões para fins de pesquisas na área médica se disseminarem e se normalizarem, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal e, por conseguinte, uma perda da sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-benefício.²³⁴

Apesar do alerta de Habermas, consideramos possíveis as experimentações com pré-embriões, visto que estes entes ainda não alcançaram um estágio individualizado de vida humana.

Concluindo, deve ser admitida a experimentação *terapêutica* para o bem do próprio pré-embrião. Porém, não é aceitável a pesquisa e intervenção nas suas células germinativas e tampouco a criação de pré-embriões mediante “clonagem terapêutica”. Já nas experimentações com pré-embriões para o desenvolvimento de conhecimentos médicos essenciais, os referidos “objetivos médico-científicos” devem ser claramente definidos. Somente assim pode ser evitada a utilização de pré-embriões para qualquer tipo de pesquisa.²³⁵

Por isso, é acertada a solução proposta pelo recente Projeto de Lei n° 9,²³⁶ aprovado pelo Senado Federal em outubro de 2004, que altera a Lei da Biossegurança (n. 8.974/95) e permite, no seu art. 5º, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco de embriões humanos “inviáveis” ou congelados há três anos ou mais, com o consentimento dos genitores. Ao mesmo tempo, o Projeto exige que instituições de pesquisa e serviços de

²³⁴ *Idem*, p. 27, 29, 98, 133.

²³⁵ Um dos poucos países que definem legalmente os tipos de pesquisa permitidos com “pré-embriões não viáveis” é a Espanha (arts. 15ss. da Lei n. 35/1988).

²³⁶ *Vide* Anexo IV a este trabalho. Disponível em: www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getTexto.asp?t=2756; acesso: dez. de 2004.

saúde que realizem estas pesquisas ou terapias submetam seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos CEPs.

CAPÍTULO III

O DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

3.1 Introdução; 3.2 Os direitos fundamentais “fora do catálogo”; abertura material ; 3.3 Bases constitucionais para um direito à reprodução humana assistida; 3.3.1 O direito fundamental à liberdade; 3.3.2 Proteção constitucional à entidade familiar e do planejamento familiar; 3.3.3 O direito à saúde; 3.3.4 Os direitos da personalidade e o uso das técnicas de reprodução assistida por parte de mulheres solteiras e de parceiros homossexuais; 3.4 Limites iminentes do direito fundamental à reprodução assistida; 3.4.1 Nenhum direito fundamental sem limites; 3.4.2 A inviolabilidade da vida humana e seu início biológico; 3.4.3 As doutrinas “natalista” e “concepcionista”: a proteção

do embrião in vitro; 3.4.4 A proteção constitucional da criança e do adolescente; o princípio do “melhor interesse da criança”.

3.1 Introdução

Nos dias de hoje, existe um grande número de novidades no campo da biotecnologia, como o seqüenciamento do genoma humano, a clonagem terapêutica, o transplante de órgãos, os organismos geneticamente modificados, e, em especial, as TRHA. Essas novas técnicas de reprodução trouxeram em seu bojo a problemática da fecundação *heteróloga*, com a participação de um ou dois gametas (óvulo e espermatozoide) não provenientes do casal que pretende ter um filho, da fecundação *post-mortem*, da maternidade de substituição, dos limites do anonimato do doador de sêmen, entre outras questões polêmicas.

São bastante discutidos também os efeitos jurídicos a serem atribuídos à filiação originária dessas técnicas, tornando imprescindível um aprofundamento ou mesmo um repensar sobre a proteção legal do *nasciturus*.

Ao mesmo tempo, está tramitando no Congresso Nacional, há alguns anos, um projeto de lei sobre o emprego das TRHA, sem que tenha havido uma discussão abrangente sobre a adequação e propriedade do uso dessas técnicas nos diferentes segmentos da sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 não possui normas específicas sobre Biodireito. No entanto, algumas disposições constitucionais abraçam temas ligados à matéria, como o direito à saúde (art. 6º, 196), ao meio ambiente (art. 225), à liberdade científica (arts. 5, IX, 218), ao planejamento familiar (art. 226 § 7º), entre outros.

No tocante às TRHA, vislumbra-se um apanhado de normas e princípios constitucionais que podem fornecer respostas jurídicas – possibilidades e limites – e ofertar respaldo legal para um possível direito à reprodução humana assistida. Como não há menção expressa do referido direito, ele deve ser construído através da interpretação sistemática dos direitos fundamentais à vida, (art. 5º, *caput*), à saúde e ao de constituir uma

família, baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparados pelo princípio da dignidade humana, fundamento da República (art. 1º, III).

Sanchez é incisiva ao afirmar que no ordenamento jurídico espanhol existe um verdadeiro direito à reprodução assistida, fundamentado em parte no direito à liberdade, na dignidade, no livre desenvolvimento da personalidade humana, no direito à intimidade pessoal e familiar, e, por fim, no direito de fundar uma família, que, por sua vez, é reconhecido nos textos internacionais, incorporados no ordenamento jurídico espanhol.²³⁷

Por outro lado, são normas constitucionais que limitariam um possível direito à reprodução assistida o direito à vida (do pré-embrião) e o princípio do melhor interesse da criança.

3.2 Os direitos fundamentais “fora do catálogo”; abertura material

A Carta brasileira permite a existência de direitos fundamentais situados fora dos catálogos do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), positivados em outros dispositivos do texto constitucional ou em normas internacionais. Diz o art. 5º, § 2, CF: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Já as Constituições anteriores continham dispositivos semelhantes,²³⁸ sendo a inovação trazida pelo texto de 1988 o acréscimo ao elenco dos direitos fundamentais dos direitos assentados em tratados internacionais sobre direitos humanos.²³⁹ O dispositivo foi

²³⁷ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 58.

²³⁸ Já as Constituições de 1967 (art. 153, § 36) e de 1946 (art. 144) dispunham: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.” Normas semelhantes podem ser encontradas nas Cartas brasileiras de 1937 (art. 123), de 1934 (art. 114) e de 1891 (art. 78).

²³⁹ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 75s.

inspirado pela Constituição norte-americana, no sentido de que a enumeração de direitos na Lei Suprema não pode excluir outros direitos que tem o povo, detentor do poder estatal, afastando-se, neste ponto, o princípio interpretativo *inclusio unius alterius est exclusio*.²⁴⁰

Este *conceito material* de direitos fundamentais, para Jorge Miranda, não considera o texto da Constituição um “elenco taxativo” desses direitos, mas presume uma “enumeração aberta, sempre pronta para ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento”.²⁴¹ A partir desse conceito aberto, cabe ao Judiciário a “introdução ou elevação de direitos ao patamar de fundamentais (...), pela via da interpretação e aplicação do Direito quando provocado pelos meios processuais próprios”.²⁴²

Piovesan afirma que a classificação do art. 5º, § 2º, CF “peca” ao equiparar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, visto que estes últimos seriam de “difícil caracterização *a priori*”, imprecisos, vagos, elásticos e subjetivos, enquanto aqueles (internacionais) “expressos, enumerados e claramente elencados”. Por isso, ela sugere a classificação dos direitos fundamentais em três grupos, a saber: os expressos, os assentados em tratados internacionais e os *implícitos* (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias,

²⁴⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967: Tomo VI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 658s.

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 153s.

²⁴² LIMA NETO, Manoel C. de. **Direitos fundamentais dos contribuintes como limitação ao poder de tributar**. Tese de Doutorado: UFPE, Recife, 2004, p. 87.

bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).²⁴³

No entanto, essa identificação dos direitos fundamentais materiais deve, de qualquer maneira, limitar-se a ser meramente suplementar e ampliativa daqueles direitos que já constam do catálogo, tendo em vista também a extensão abrangente do catálogo dos direitos fundamentais na CF 1988.²⁴⁴

A afirmação da fundamentalidade desses direitos deve “ancorar-se nas necessidades vitais do homem e não em meros desejos não essenciais”, para evitar uma vulgarização ou “panjufundamentalização”,²⁴⁵ e pautar-se em uma fundamentação consistente, que justifique a opção tomada e os critérios utilizados.²⁴⁶

Canotilho, comentando dispositivo semelhante da Constituição portuguesa (art. 16.1),²⁴⁷ alega que estes direitos *materialmente fundamentais* devem passar pelo crivo de serem “equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos direitos formalmente fundamentais”.²⁴⁸

Nessa linha, concordamos com a afirmação de Lima Neto de que o Judiciário somente deva declarar um direito como materialmente fundamental quando este corresponda aos critérios da *relevância*, buscada nas razões históricas e de valores

²⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 81.

²⁴⁴ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 135s.

²⁴⁵ NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. In: VARELA, Antunes *et alii* (org.). **Ab uno ad omnes**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 966.

²⁴⁶ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 136.

²⁴⁷ “Art. 16.1: Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Constitucional.”

²⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369.

sedimentados na sociedade, e da *substância*, “na medida em que os direitos equiparados devem guardar uma relação de semelhança, de equivalência com aqueles constantes do catálogo”.²⁴⁹

Para identificar os direitos fundamentais não escritos, nesse caso, os *implícitos* “decorrentes do regime e dos princípios” da Constituição (art. 5º, § 2º), o intérprete deve “analisar se determinada posição jurídica, por subentendida em alguma norma expressa do catálogo constitucional, pode ser tida como abrangida pelo seu âmbito de proteção, considerando-se assim implicitamente nele contida”.²⁵⁰

Este procedimento, segundo Sarlet, “não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas sim à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção”.²⁵¹ O autor está com razão quando considera preponderantemente *didática* a função desse dispositivo do art. 5º, § 2º, da CF, “já que a dedução de direitos implícitos (subentendidos) e o desenvolvimento de direitos não-escritos com base nos princípios fundamentais da Constituição, em decorrência da força expansiva destes, podem ser considerados algo inerente ao sistema”.²⁵²

Por isso, a resposta à questão se existe, no Direito brasileiro, um direito fundamental à reprodução assistida, passa, necessariamente, pela análise de outros direitos fundamentais positivados no texto da CF de 1988, na base dos quais pode ser construído tal direito. No fundo, se dá através de um ato de interpretação extensiva, que eleva

²⁴⁹ LIMA NETO, Manoel C. de. **Direitos fundamentais dos contribuintes como limitação ao poder de tributar**. Tese de Doutorado: UFPE, Recife, 2004, p. 88.

²⁵⁰ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 136.

²⁵¹ *Idem, ibidem*.

²⁵² No mesmo sentido, LOUREIRO, João C. Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 353s.

determinada posição jurídica a um patamar de proteção elevada, a partir do que qualquer restrição deve atender a determinadas exigências.

Isto quer dizer que a identificação de um novo direito fundamental material no sentido do art. 5º, § 2º consiste menos numa “descoberta”, e mais numa *construção hermenêutica*. “Não há criação de norma nova, mas, apenas, revelação de norma que existe de modo não expresso, implícito, no sistema jurídico.”²⁵³

Ao mesmo tempo, tal afirmação de um direito fundamental material na base do regime e dos princípios constitucionais não significa que esta posição jusfundamental não possa ser limitada por outros direitos fundamentais ou até por lei ordinária.

3.3 Bases constitucionais para um direito à reprodução humana assistida

3.3.1 O direito fundamental à liberdade

Na história dos Direitos Humanos, a liberdade merece um lugar de destaque. Para muitos, o desejo do homem de ser livre e não sofrer restrições por parte do poder estatal constitui o elemento essencial de todo movimento constitucionalista. A chamada “primeira geração” (ou dimensão) dos Direitos Humanos, solenemente declarada pelos revolucionários franceses, em 1789, está sob a égide da *liberdade do homem*.²⁵⁴

Nessa linha, a liberdade pode ser definida negativamente como resistência à opressão. Positivamente conceituada, ela “consiste na possibilidade de coordenação

²⁵³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

²⁵⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 92.

consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. O conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade.²⁵⁵

Sanchez alega que, na Espanha, existe um direito fundamental à reprodução humana, desenvolvendo-o a partir do direito fundamental à liberdade e da proteção constitucional da família na Constituição deste país. O direito à liberdade, no entanto, encontra – segundo a Corte Constitucional Espanhola – limites e restrições na própria Constituição, baseando-se no respeito aos direitos dos outros e em outros bens constitucionalmente protegidos.²⁵⁶

Para ela, o primeiro dos valores considerados como fundamento para a utilização dessas técnicas é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente; ao contrário, sua extensão é tão ampla, por definição, que seria possível reconhecer nela a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, o que incluiria a sua própria reprodução. A citada autora afirma que pressupõe uma opção de vida de especial transcendência que vincula diretamente a liberdade física ao acúmulo de direitos e obrigações que derivam da reprodução. Além disso, o ato procriativo, não dependendo mais de uma relação sexual, representaria, em si mesmo e diretamente, um ato de autodeterminação e autonomia do sujeito.²⁵⁷

Onde o ordenamento jurídico não determina expressamente os limites da liberdade em determinado âmbito, o sujeito pode atuar com plena autonomia. O art. 5, II, da CF de 1988, estabeleceu o princípio de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232.

²⁵⁶ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 50ss.

²⁵⁷ *Idem*, p. 48.

alguma coisa senão em virtude de lei” A restrição dessa liberdade, portanto, somente pode ser efetuada por normas produzidas nos moldes da legalidade e da legitimidade.

À liberdade juridicamente garantida de um corresponde, necessariamente, a vinculação do outro. Ao traçar limites num campo, livre até esse momento, assegura-se a cada indivíduo a sua área, mas só pelo preço da restrição da liberdade de ação de cada um. Isso constitui o “ato civilizador que substitui o simples direito do mais forte”.²⁵⁸

Para muitas formas típicas de exercício da liberdade humana, que historicamente foram objeto de repressão, as Constituições dos países democráticos costumam garantir diferentes *liberdades*, como a de consciência, religião e culto, a liberdade de locomoção, a da informação, expressão política, artística e científica, a liberdade de reunião e associação, entre outras. Estas liberdades costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza negativa.²⁵⁹

No entanto, deve-se constatar que o princípio da liberdade individual está, como vimos, sujeito a uma abrangente “reserva de lei”, que torna relativo o seu valor na construção de um possível direito fundamental à reprodução assistida, visto que os aspectos de proteção da futura criança e outros interesses públicos podem facilmente levar à restrição desse direito.

3.3.2 Proteção constitucional à entidade familiar (art. 226, *caput*, CF) e do planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF)

²⁵⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 449.

²⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1127s.

Pode-se afirmar que o direito à proteção da família, previsto no *caput* do art. 226 da CF de 1988, contemple também o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida (“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”).

O texto constitucional silencia quanto à possibilidade de existência de uma família originária das TRHA, isto é, composta por pai, mãe, que, impossibilitados de gerar seus próprios filhos, recorrem ao auxílio do artifício. Só há que se falar em proteção à entidade familiar se esta for devidamente constituída. Em conseqüência, é possível construir um direito do homem e da mulher à reprodução, seja ela natural ou artificial, enquanto expressão do direito de constituir uma família.

Isto, entretanto, não significa que essa interpretação deve ser estendida a qualquer tipo de técnica de reprodução assistida. Assim, parece duvidoso permitir o uso da fecundação artificial homóloga ou heteróloga simplesmente pela recusa da pessoa à utilização dos meios naturais de reprodução. Nesse contexto, a posição extremada seria a aceitação de um “direito de recusar a reprodução natural” que se expressaria no direito à contracepção e até num direito a recorrer aleatoriamente à reprodução medicamente assistida.

No espírito do princípio da “paternidade responsável”, o projeto parental não se restringe à simples concepção e nascimento da criança, mas vai além, materializando-se na educação, afetividade, proteção e total assistência, seja material ou imaterial, da futura criança. Isto significa que devem ser assumidos os deveres parentais em decorrência do exercício dos direitos reprodutivos, mediante conjunção carnal ou recurso a alguma técnica artificial.²⁶⁰

²⁶⁰ O termo *paternidade responsável* foi utilizado equivocadamente pelo Constituinte, sendo o seu verdadeiro sentido o da *parentalidade* responsável, tendo em vista a igualdade entre homem e mulher em direitos e

Há uma responsabilidade individual tanto da mulher quanto do homem que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à reprodução, geram uma nova vida humana, que devem ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, além de todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Assim, o direito ao planejamento familiar não representa apenas o direito fundamental à reprodução, mas, além disso, impõe a responsabilidade no campo das relações de parentalidade e filiação.²⁶¹

Como base constitucional da construção de um direito ao uso das TRHA, pode ser invocado também o art. 226, § 7º, CF, que reza que

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

Com a consagração desse direito ao planejamento familiar, o Constituinte de 1988 concedeu ao homem e à mulher a titularidade de direitos reprodutivos. Cabe ao casal planejar sua família e decidir se desejam ou não ter filhos, ou mesmo qual o número de filhos que pretendem ter e a diferença de idade entre eles.

O art. 226, § 7º, CF, foi posteriormente regulamentado pela Lei n. 9.263/96, que estabeleceu as políticas para implementação dos serviços de planejamento familiar no país²⁶² e se refere às atividades de assistência à concepção, prevendo, no seu art. 9º, a utilização de “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas”.

deveres; cf. GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 453.

²⁶¹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 454.

²⁶² BRAUNER, M. Cláudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos. *In*: MEZZAROBÀ, Orides (org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 402.

O conceito do planejamento familiar designa a idéia de regulação de nascimentos, contracepções, esterilização e outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutivas do homem e da mulher. A ênfase atribuída à autonomia do casal no texto constitucional mostra que o indivíduo tem o direito de escolher os meios de planejar a sua vida reprodutiva.²⁶³

Em suma, é possível afirmar que o direito ao planejamento familiar possui duas faces: ora é fundamento constitucional à contracepção e a esterilização, ora é fundamento constitucional ao direito de procriar artificialmente com fins terapêuticos, isto porque, repita-se, o direito ao planejamento familiar está intimamente vinculado às funções humanas reprodutivas que abrangem, além da contracepção, a própria concepção, seja ela natural ou não.²⁶⁴

Apesar da CF de 1988 não falar expressamente em um direito de constituir família, pode-se afirmar que o direito ao planejamento familiar abrange a idealização e constituição dessa família enquanto projeto parental. Sendo a criação de unidade familiar uma decisão vinculada à liberdade pessoal de cada casal, o texto constitucional tão-somente remete aos poderes públicos a proteção social e jurídica da família.

Ao mesmo tempo, o direito de constituir família pode ser encontrado em tratados internacionais, alguns dos quais foram incorporados ao ordenamento jurídico interno em nível de direito fundamental, por força do art. 5º § 2, CF, dentre eles a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica, art. 17.2).²⁶⁵ A

²⁶³ *Idem*, p. 402ss.

²⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 135ss.

²⁶⁵ Sobre este tema *vide* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 67ss.

Conferência Mundial de Beijing confirmou que os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais e tratados internacionais.²⁶⁶

Por outro lado, há de se destacar o vínculo temporal entre o direito de constituir família e o direito ao planejamento familiar. Este abarca primeiramente, em seu conteúdo, o direito do casal de constituir a sua família, para, em seguida, organizar e estruturar o número de filhos, o espaçamento de nascimentos, ou se preparar e se acautelar para não gerar filhos.

Enfim, o reconhecimento constitucional da reprodução assistida encontra fundamento no direito a constituir uma família, estreitamente vinculado ao direito ao planejamento familiar. Isto porque aquilo que foi idealizado como projeto familiar será exteriorizado com a constituição de fato da pretendida e planejada família.

Deve ser destacado também que o texto constitucional exige, expressamente, a observância do princípio da dignidade humana para a concretização do planejamento familiar. Isto significa que o planejamento familiar, a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana devem ser conjugados com o princípio do melhor interesse da criança, segundo o qual a criança não pode ser o mero objeto das relações paterno-materno-filiais, mas se torna um sujeito de direitos enquanto pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico.²⁶⁷

Em suma, pode-se afirmar que o desejo compreensível de gerar seus próprios filhos com o fito de constituir uma família com prole, aliado ao planejamento familiar adequado às necessidades do casal, é fator elementar que justifica o pretense direito fundamental à reprodução assistida.

²⁶⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 134.

²⁶⁷ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 457.

3.3.3 O direito à saúde

Os direitos sociais, normalmente chamados “da segunda geração (ou dimensão)”, são direitos a prestações normativas e materiais do Estado para realizar o princípio elementar da igualdade entre os diferentes membros da sociedade, revelando, ao mesmo tempo, “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.²⁶⁸

Apesar de o direito à saúde ser, em princípio, um direito coletivo, incluído no capítulo dos Direitos Sociais (art. 6º, CF), o seu tratamento específico na parte da Ordem Social é bastante claro e gera posições jurídicas que podem ser reivindicadas individualmente pelas pessoas.²⁶⁹ Assim, o art. 196, da CF reza que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco e de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Ao regulamentar este dispositivo, o legislador estabeleceu que a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência alcança todas as ações e serviços públicos de saúde e serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).²⁷⁰

A Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo da sua constituição, adota um conceito amplo de *saúde*, considerando-a “o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social”. No entanto, a adoção de um conceito tão abrangente dificulta a investigação sobre o conteúdo concreto das possíveis pretensões por parte das pessoas interessadas.

²⁶⁸ SARLET, Ingo W. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

²⁶⁹ Cf. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 33s.

²⁷⁰ Lei federal n.º 8.080/90, art. 7º, I.

Para o presente trabalho, basta constatar que as pessoas que não possuem a capacidade natural de gerar filhos devem ser consideradas portadoras de uma “doença”, visto que o “estado normal” de um ser humano saudável inclui esta capacidade física de reprodução.

Ao mesmo tempo, não há como construir, na base do direito à saúde, um direito à reprodução assistida no sentido de um uso das TRHA por parte de pessoas que possuem capacidade de procriação natural, mas querem lançar mão das novas técnicas para escolher o sexo da criança, efetuar medidas de eugenia etc. Por outro lado, parece possível incluir no direito à saúde o uso das TRHA para evitar a transmissão de doenças hereditárias para a prole.

A “saúde sexual” de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos. Os métodos de reprodução artificial estão intimamente vinculados à terapia de casais (ou indivíduos) impossibilitados de gerar, por si, seus próprios filhos, tendo criado expectativas e esperanças no tratamento da esterilidade.

O Segundo Substitutivo ao Projeto de Lei n. 90/99, sobre as TRHA, permite o uso das técnicas de reprodução, além dos casos de infertilidade, a “prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo”, que são enfermidades que atingem em especial o sexo masculino, como a distrofia muscular de *Duchenne*, a síndrome de *Leschnyhan* e o retardo mental ligado ao cromossomo X. A redação original do Projeto de Lei ainda admitia prevenção e tratamento de “doenças genéticas ou hereditárias”, o que, segundo a Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, dava margem ao risco de servir como subterfúgio para a prática da *eugenia*, opinião com que não compartilhamos.

Admitir o direito à reprodução assistida baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente a sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os casais homossexuais. Nessa linha, a fecundação artificial aparece menos como sistema de procriação e mais como procedimento *terapêutico*, que deve trabalhar com indicações médicas, como a esterilidade ou a incidência de doenças hereditárias.²⁷¹

3.3.4 Os direitos da personalidade e o uso das técnicas de reprodução assistida por parte de mulheres solteiras e parceiros homossexuais

Há quem entenda que o direito fundamental à reprodução assistida não esteja necessariamente ligado ao âmbito da família e sua proteção, mas surja como direito da própria pessoa, encontrando a sua justificativa no direito à livre regulação da vida privada.²⁷² No rastro da doutrina italiana (De Cupis, Ferrara, Giampiccolo, Perlingieri), os direitos da personalidade, hoje, devem ser entendidos como meios de tutela dos “bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade do homem”, a partir do reconhecimento de um centro autônomo de direitos e obrigações do ser humano como “unidade física e moral”, havendo, no entanto, “manifestações especiais de suas projeções, dignas de tutela jurídica”.²⁷³

Tepedino esclarece que tanto a teoria *pluralista* (tipificadora) dos direitos da personalidade quanto a concepção *monista*, que preconiza um único direito geral de personalidade, parecem demasiadamente preocupadas com a estrutura patrimonialista da

²⁷¹ Cf. ROCA TRIAS, Encarna. La incidencia de la inseminación-fecundación artificial em los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. In: **La filiación a finales del siglo XX**. Madrid: Trivium, 1988, p. 30s.

²⁷² *Idem*, p. 29.

²⁷³ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 28ss.

relação jurídica ao vincular a proteção da personalidade à prévia definição de um direito subjetivo, limitando-a aos seus momentos patológicos (dano-reparação), sem considerar suficientemente “os aspectos distintivos da pessoa humana na hierarquia dos valores constitucionais”.²⁷⁴

Os direitos da personalidade possuem a “face dupla” de direitos humanos (fundamentais) e direitos subjetivos privados, para defender a pessoa tanto contra arbitrariedades do Estado quanto frente aos atentados perpetrados por outros particulares. Moraes ressalta que, sendo a dignidade humana o valor supremo do ordenamento jurídico, a pessoa humana não pode ser mais entendida na concepção jurídica do *indivíduo* das codificações, mas a partir de sua inserção no meio social.²⁷⁵

Assim, os direitos à vida, à liberdade e à honra são direitos fundamentais da personalidade reconhecidos tradicionalmente, aliados a outros que surgiram como expressão das novas exigências na sociedade moderna, como o direito à imagem, à privacidade e à intimidade, consagrados no art. 5, X, da CF. Atualmente, há um microsistema jurídico protetor da privacidade em múltiplos aspectos, marcadamente da personalidade pessoal, familiar, negocial etc.

O novo Código Civil (CC) brasileiro, de 2002, na Parte Geral do seu Livro I, alusivo às Pessoas, introduz o Capítulo II (arts. 11-21), no tocante aos Direitos da Personalidade. No art. 11, determina que “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.²⁷⁶ No fim do capítulo, o art. 21 estatui que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a

²⁷⁴ *Idem*, p. 53s.

²⁷⁵ MORAES, M. Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel M. (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 170.

requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Esta inviolabilidade inclui o direito à intimidade, que representa um mecanismo de defesa da personalidade humana contra indiscrições ou intromissões alheias.²⁷⁷

Este direito é conhecido no Direito anglo-saxônico como *right of privacy* ou *right to be let alone*, e na doutrina italiana como *diritto alla riservatezza*. Entretanto, é na doutrina constitucional espanhola que o encontramos como um possível fundamento de ordem constitucional ao direito de procriar artificialmente.

Para alguns autores espanhóis, o *derecho a la intimidad* supõe a não interferência de outras pessoas ou dos poderes públicos na esfera pessoal e familiar, sendo a *privacidad* considerada o seu conteúdo essencial. A própria Corte Constitucional espanhola reconhece o direito à intimidade como expressão de respeito à vida privada, uma *privacidad* que permite ao sujeito tomar autonomamente e sem ingerências as decisões que afetem a sua esfera de intimidade pessoal.²⁷⁸

Sanchez vai além e pontifica que o Direito Constitucional à intimidade privada serve, inclusive, de fundamento ao direito de procriar artificialmente. Neste sentido, afirma que o direito à intimidade pessoal e familiar – art. 18.1 da Carta espanhola – protege as decisões do sujeito que afetam suas relações pessoais com outros, suas opções sexuais, a decisão *se* quer reproduzir-se ou não e *quando* quer procriar.

²⁷⁶ O art. 13 proíbe “o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, salvo por exigência médica e com exceção do transplante e da disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte (art. 14).

²⁷⁷ CASTRO, Carlos R. Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 542, 550.

²⁷⁸ STC 110, de 26.11.1984, *apud* GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 53.

E, ainda que a decisão do sujeito acerca de sua reprodução não faça parte do *conteúdo essencial* do direito fundamental à intimidade, já que esta seria um ato de liberdade, o referido direito impediria as intromissões ilegítimas na vida privada do sujeito e, por isso, alcançaria as decisões que norteiam a reprodução humana, incluindo aquela realizada mediante técnicas artificiais.²⁷⁹

Nesse ponto, vale ressaltar que, admitindo-se que o direito à procriação artificial derive do direito à intimidade privada, aliado a um direito de liberdade individual enquanto expressão de autodeterminação física, isto implicaria estender o uso das TRHA às mulheres solteiras e aos casais homossexuais, questão essa que merece ser analisada com cautela.

Os defensores da posição liberal alegam que a reconhecida importância psicológica de uma “figura paterna” para o desenvolvimento da criança não levaria necessariamente à exigência de uma figura *masculina* e que a família monoparental não seria necessariamente um mal.²⁸⁰ No entanto, há muitos autores que rechaçam a idéia de que homossexuais e mulheres solteiras possam recorrer à reprodução assistida, tendo em vista a especial proteção constitucional assegurada às crianças, o que incluiria o seu direito de se desenvolverem num ambiente familiar “normal”.²⁸¹

Nessa linha, afirma Otero que “o legítimo exercício da liberdade de cada ser humano em termos de preferência sexual, enquanto expressão do inalienável direito à intimidade da vida privada (...), nunca pode envolver o reconhecimento de qualquer

²⁷⁹ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 54s.

²⁸⁰ Cf. FÁBREGA RUIZ, Francisco C. **Biología y filiación**. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 105s.

²⁸¹ *Idem*, p. 80.

eventual direito a tais pessoas privarem deliberadamente um outro ser humano de ter um pai e uma mãe biológico-genéticos”.²⁸²

A atual noção de vida familiar “normal” está vinculada àquilo que é socialmente predominante segundo as regras de comportamento familiar. Leite afirma que, se a noção de “família normal” já não pode ser entendida como referência ao matrimônio, visto que a CF de 1988 rejeitou o modelo familiar único, ela continuaria valendo à relação entre pais e filhos. Para ele, “toda criança tem direito ao convívio familiar (de pai e de mãe) e a psiquiatria sempre afirmou de forma taxativa que a identificação paterna e materna é fundamental ao desenvolvimento normal dos seres humanos”.²⁸³ Nessa linha de entendimento, a proteção constitucional aferida às crianças abarcaria o seu direito de se desenvolver num ambiente propício ao desenvolvimento de suas potencialidades enquanto ser humano, o que somente poderia ser garantido numa família *biparental*.

Argumenta-se também que o art. 227, *caput*, da CF, impõe como dever da família, da sociedade e do Estado a obrigação de zelar pela dignidade da criança e adolescente, colocando-os a salvo, inclusive, de toda forma de *negligência e discriminação* que poderia ocorrer aos filhos originários da reprodução assistida advindos de casais homossexuais.

De qualquer forma, um possível direito de essas pessoas recorrerem à reprodução assistida poderia afrontar o princípio do “melhor interesse da criança” e de seu bem-estar emocional. A maior parte da doutrina nacional e estrangeira se limita a conceder o direito ao uso das TRHA aos casais heterossexuais,²⁸⁴ sendo estendidos aos parceiros

²⁸² OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**, 1999, p. 79.

²⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

²⁸⁴ Por exemplo: Almeida, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 30s.; em sentido contrário, defendendo o uso das TRHA por solteiras e homossexuais: SILVA, Isabel C. Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união de pessoas do mesmo sexo. In: SÁ, M. de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 305ss. Outros aceitam o uso das TRHA

homossexuais somente direitos de natureza patrimonial, como a constituição de sociedade de fato²⁸⁵ e a concessão de pensão por morte do companheiro.²⁸⁶ Até agora, são raríssimos também os julgados que permitem a adoção de criança por homossexuais, sendo tais sentenças sempre objeto de recurso interposto pelo Ministério Público.²⁸⁷

Seria de se indagar também sobre a preparação da sociedade brasileira para recepcionar e acolher sem quaisquer tipos de discriminação social os filhos cujos pais quebrariam com o modelo tradicional e até hoje aceito pela maioria do grupo social, no tocante à paternidade e à maternidade.

Nesse sentido, cada grupo social adota códigos morais diversos, que variam no tempo e no espaço e sofrem múltiplas influências do meio físico e da cultura, das condições de vida econômica e social. É evidente que os grupos sociais não se formam de módulos homogêneos de indivíduos que concordam em todos os aspectos nas questões comportamentais, sobretudo no âmbito familiar. Por isso, sempre haverá uma certa tolerância grupal em relação aos comportamentos dos seus membros, sendo permitido a cada indivíduo interpretar as normas morais e divergir da prática do padrão.²⁸⁸

Na Alemanha, Hungria, Turquia e Polônia, as TRHA destinam-se às famílias constituídas pelo casamento; Áustria, Dinamarca e Suécia permitem a sua utilização também aos casais em uniões estáveis. A Bélgica e a Holanda admitem o seu uso por parte

por todas as pessoas inférteis, inclusive mulheres solteiras; cf. BRAUNER, M. Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 65ss., 81.

²⁸⁵ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rec. Esp. n. 148.897-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.2.98.

²⁸⁶ TRF - 5. Região - n. 238842-RN: 2000.05.00.057989 -2, Rel. Margarida Cantarelli.

²⁸⁷ Cf. MORAES, M. Celina Bodin de. A união de pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Rev. Trimestral de Direito Civil**, vol. 1, Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p. 89ss.

²⁸⁸ Desenvolvemos estas idéias sobre a conduta moral dos indivíduos na sociedade a partir de uma análise sociológica das famílias formadas por uniões estáveis, mas que valem também para os casais homossexuais que pretendem procriar com a ajuda das TRHA; cf. KRELL, Olga J. G. **União estável: análise sociológica**, Curitiba: Juruá, 2003, p. 67ss.

de casais homossexuais (femininos).²⁸⁹ O Reino Unido e a Espanha²⁹⁰ permitem o emprego dessas técnicas também aos parceiros homossexuais e às mulheres solteiras.

Enfim, no Brasil, o Primeiro Substitutivo do Projeto de Lei sobre as TRHA, do Relator Senador Roberto Requião, restringiu, no seu art. 37, a utilização das técnicas reprodutivas aos cônjuges e companheiros de união estável, punindo, inclusive, com detenção de seis meses a dois anos ou multa quem descumprir tal preceito normativo.

Na direção contrária, o Segundo (e atual) Substitutivo, de relatoria do Senador Tião Viana, aumenta o rol dos virtuais beneficiários das TRHA, incluindo, além dos casais e companheiros, também as mulheres solteiras inférteis (art. 1º, II), com referência à proteção constitucional estendida também à família monoparental, pelo art. 226, § 4, CF.

A tese favorável à utilização das técnicas de reprodução por mulheres homossexuais parece encontrar esperança no Segundo Substitutivo, que, como foi visto, amplia a utilização dessas técnicas a todas as mulheres. Lembra-se também que a justificativa da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, na avaliação do Segundo Substitutivo, não aceitou a emenda que dispunha sobre a limitação da utilização das técnicas aos casados e companheiros e assim se pronunciou:

Os nobres constituintes de 1988, sensíveis à necessidade de adequar o ordenamento jurídico brasileiro à pluralidade de estilo de vida e de crenças que caracterizam a realidade social contemporânea e o Estado democrático, optaram por reconhecer como entidade familiar tanto a família parental como monoparental, ao dispor o art. 226, § 4, da Carta Magna “qualquer de seus pais e descendentes”.²⁹¹

²⁸⁹ KREMER, Pascale. Filhos de pais homossexuais levam uma vida normal. **Le Monde**. Disponível em: <www.uol.com.br/lemonde/im2710200001.htm>. Acesso em mar. 2003.

²⁹⁰ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 71ss.

²⁹¹ “Art. 226, § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Afirmam alguns que, se é possível “*adotar unilateralmente*”, poder-se-ia admitir também “*procriar unilateralmente*”, desde que tomadas as cautelas necessárias: o caráter excepcional dessa reprodução artificial e a análise das circunstâncias específicas (esterilidade ou doença genética comprovada) apresentadas ao julgador para apreciação do caso concreto, assim como ocorre com a adoção estatutária.

Para Gama, sempre existe a “possibilidade de a pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança”; por isso, “tal como lhe é reconhecida a faculdade de adotar, também deverá sê-lo no âmbito da reprodução assistida, com todas as cautelas necessárias”.²⁹²

Pode-se vislumbrar o respectivo conflito de direitos fundamentais: de um lado, o direito da criança de se originar numa família hetero-biparental, de acordo com a ordem vigente de valores sociais, e, de outro, um possível direito de formação de uma família monoparental.²⁹³ Por isso, há autores que querem limitar o emprego das TRHA, pelo menos por enquanto, aos casos de existência de indicações médicas, esterilidade e o perigo da transmissão de enfermidades hereditárias, com base no direito à saúde.²⁹⁴ É esta também a linha do Segundo Substitutivo ao Projeto de Lei brasileiro sobre as TRHA.

No entanto, não há dúvida que o art. 226, § 4, da CF, deve ser interpretado como expressão do respeito do Constituinte em relação às possíveis diferenças em formar uma família. Neste contexto, é preciso, acima de tudo, atentar para a paternidade *responsável*, e para o melhor interesse da criança, o que não significa que uma pessoa sozinha não possa conseguir comprovar suas condições de procriar artificialmente, ofertando àquela criança

²⁹² GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 722.

²⁹³ Cf. SOARES, Sônia B. Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, G. (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 555.

não apenas o apoio econômico para o seu desenvolvimento e bem-estar, mas, sobretudo, a afetividade, elemento intrínseco de toda e qualquer relação familiar que se pretenda construir de maneira saudável.²⁹⁵

De qualquer forma, o fato de que a criança deva crescer e se desenvolver numa família monoparental ou formada por dois pais do mesmo sexo não pode ser considerado como um “mal por si”. Não deve, portanto, ser descartado um possível direito de parceiros homossexuais e mulheres solteiras ao uso das TRHA, visto que a discussão social sobre o tema ainda se encontra num estado incipiente.

Ao mesmo tempo, seria de bom alvitre a permissão legal às mulheres solteiras inférteis, como prevista no Segundo Substitutivo à Lei sobre as TRHA. Os parceiros homossexuais, sejam eles masculinos ou femininos, não devem, desde o início, ficar excluídos desse direito. No entanto, ainda faltam dados científicos expressivos sobre o tema, que permitiriam a tomada de uma posição definitiva.

3.4 Limites imanes de um direito fundamental à reprodução assistida

3.4.1 Nenhum direito fundamental sem limites

Chegando ao ponto de afirmar a existência de um direito ao uso da reprodução assistida a partir de outros direitos fundamentais consagrados na Constituição, já ficou evidente que este direito fundamental entra em concorrência e colisão com outros direitos fundamentais, valores e interesses sociais.

²⁹⁴ Cf. ROCA TRIAS, Encarna. La incidencia de la inseminación-fecundación artificial em los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. *In: La filiación a finales del siglo XX*. Madrid: Trivium, 1988, p. 34.

²⁹⁵ Cf. SÁ, M. de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. *In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 439s.

O direito fundamental à reprodução assistida deve ser tomado como uma posição jurídica *prima facie* que sempre estará sujeita a restrições e limitações justificadas.²⁹⁶ A própria afirmação desse direito individual à reprodução artificial não significa a sua concessão a todos os interessados em todas as circunstâncias. De qualquer forma, o direito a procriar nunca pode se tornar apenas objeto instrumentalizador da felicidade e realização dos pais.²⁹⁷

No entanto, o legislador poderia restringir tal direito somente se houvesse uma autorização assentada no próprio texto constitucional que justifique tal restrição dentro dos seus limites formais e materiais, escritos e não escritos.²⁹⁸

Nessa senda, seguimos Diniz quando enfatiza que “o direito a um filho mediante o livre acesso das técnicas de reprodução assistida não pode ser considerado absoluto, pois os direitos da prole e o bem comum impõem seus limites”, sendo possível falar em *liberdade procriadora* apenas na forma de uma “liberdade responsável”.²⁹⁹

Por isso, o casal estéril tem o direito à filiação por meio de reprodução assistida desde que isso não coloque em risco a saúde da mãe paciente e do possível descendente. Ao mesmo tempo, a existência de um direito fundamental à reprodução assistida não coloca, automaticamente, *todas* as suas técnicas modernas na discricionariedade do casal ou do indivíduo.

Assim, surgem as perguntas: quais das diferentes tecnologias de manipulação genética estariam disponíveis, se existe o direito de não transferir gametas ou embriões

²⁹⁶ Cf. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal F. **Biología y filiación**. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 109.

²⁹⁷ Cf. RIBEIRO, Gustavo F. Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: Sá, M. de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 298.

²⁹⁸ STEINMETZ, Wilson A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37s.

²⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 135s.

para o útero feminino, se pode haver um aborto seletivo após análise genética negativa e se é lícita a clonagem reprodutiva ou terapêutica. Um suposto direito ao uso de todos os métodos científicos da reprodução assistida encontrará, imediatamente, os seus limites na medida em que serão afetados interesses públicos e violados direitos de outros seres humanos, especialmente dos próprios embriões criados e da futura criança.

Destarte, a análise do material genético (*screening*) da prole em função das suas condições medicinais, que já é comum entre casais norte-americanos com uma história familiar de certas doenças, futuramente poderia ser estendida a outras mais comuns (fraqueza cardíaca, diabetes etc.), ou ser utilizada para detectar características não-medicinais.³⁰⁰

Até muitas pessoas, para as quais ovos fertilizados, embriões e fetos ainda possuem um desenvolvimento demasiadamente rudimentar para terem direitos, interesses ou um “status moral”, não têm dificuldade em aceitar que eles merecem um respeito especial no seu tratamento e devem ser manipulados ou destruídos somente por boas razões.³⁰¹

3.4.2 A inviolabilidade da vida humana e seu início biológico; o problema dos embriões “excedentários”

O “espírito” da CF brasileira de 1988 é terminantemente favorável ao direito à vida, que é, sem dúvida, o primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza.

³⁰⁰ Cf. ROBERTSON, John A. Procreative liberty in the era of genomics. *American Journal of Law & Medicine*, vol. 29, 2003, p. 439ss.

³⁰¹ *Idem*.

O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo, pouco importando o fato de ser a pessoa idosa (art. 230), criança ou adolescente (art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (art. 203, IV, 227 § 1, II), ou nascituro.

Destarte, a vida humana é anterior ao Direito. A vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a si mesmo. Por esse raciocínio não é possível que o próprio titular possa dispor de sua vida; isso seria legitimar o suicídio, por exemplo, ou permitir a prática da eutanásia. A vida humana não é domínio da vontade livre e consciente do agente; este é o primeiro a respeitá-la.³⁰² A Constituição brasileira protege a vida de qualquer criatura humana, ainda que imperfeita ou submetida a limitações, o que significa uma garantia da *vida sem qualificativos*.³⁰³

É um direito não criado pelo Estado, mas por ele apenas reconhecido, devendo o mesmo protegê-lo desde a sua concepção e preservá-lo ainda mais quanto mais insuficiente for o titular desse direito.³⁰⁴ O direito à vida constitui direito personalíssimo, insusceptível de transmissão de um titular para outro, e ainda encontra-se inserido dentro dos direitos da personalidade, cuja característica fundamental é a de não ter natureza patrimonial.³⁰⁵

Ao mesmo tempo, o direito à vida possui eficácia negativa por vedar qualquer lei estatal que lhe seja contrária.³⁰⁶ Importante mencionar também que o direito fundamental à *integridade pessoal* (física e moral), que não consta expressamente do texto constitucional

³⁰² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

³⁰³ NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na Constituição Brasileira. In: DIP, Ricardo H. M. (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 268.

³⁰⁴ Cf. MARTINS, Ives Gandra da S. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: DIP, Ricardo H. M. (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 137.

³⁰⁵ Cf. NERY, Rosa M. B. Borriello de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: DIP, Ricardo H. M. (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 449s.

brasileiro, deve ser entendido como uma dimensão do direito à vida.³⁰⁷ No âmbito da análise da abrangência do direito à reprodução assistida, ponto crucial é determinar quando a vida humana começa a existir em termos biológicos, para que se possa, em seguida, determinar a abrangência da sua proteção legal. Surge a pergunta se a Constituição protege a vida desde a concepção, com a fecundação do óvulo, ou somente a partir do nascimento.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que até para a Biologia, a Bioquímica e a Biofísica, é muito difícil responder à pergunta “quando é que um agregado de moléculas deixa de ser meramente uma mistura química e se torna um organismo vivo?”, não havendo uma linha de demarcação nítida entre os seres animados e os seres inanimados.³⁰⁸

Biologicamente, a vida tem início a partir da fusão de duas células altamente especializadas, denominadas *gametas*. A partir desta fusão, uma nova célula humana, com uma estrutura própria de informação, começa a operar como unidade individual.³⁰⁹ É fato médico notório que a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre nas trompas de Falópio, doze a vinte e quatro horas após a ovulação. Uma vez fecundado, o novo ser recém-concebido desce através da luz tubária com destino à cavidade uterina; é exatamente no terceiro e quarto dias que o embrião, sob a forma de mórula, com 12 a 16 células, chega finalmente ao interior do útero.

Do sexto ao oitavo dias inicia-se a nidacão, ou seja, a implantação do concepto, sob a forma de blastócito, no endométrio, isto é, na mucosa que reveste o útero e onde o embrião se aninha. No décimo segundo dia inicia-se a formação dos vasos sangüíneos.

³⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23.

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198; LOUREIRO, João C. Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 355s.

³⁰⁸ ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 31.

Do décimo oitavo ao vigésimo primeiro dias o coração começa a pulsar.³¹⁰ Por este entendimento, a partir da concepção, cada indivíduo é uma unidade funcional e tem uma dada organização desde o estágio de células. Isto significa dizer que, qualquer que seja o sistema do organismo humano (o sistema nervoso como o digestivo, ou o cardiocirculatório e o ósteo-articular), este está determinado a alcançar um fim.

Os defensores do início da vida humana a partir da fecundação afirmam que todas as células estão direcionadas desde os seus primórdios a atingir aquela determinada configuração do adulto e perseguem este objetivo, etapa por etapa, até adquirirem a configuração para a qual foram programadas. Por isso, há autores que alegam que escolher uma etapa-chave ou decisiva para se dizer que a partir dela um ser humano começa a existir seria pura ficção, uma falsidade científica.³¹¹ Assim, o embrião deveria ser considerado, desde a fecundação, um ser humano.

Nessa linha, defende Porras Del Corral que a proteção do embrião deve ser *única*, sem fazer distinções que variem segundo cada fase de seu desenvolvimento, isto porque o conceito de pessoa não seria dado pela biologia, mas constituiria uma categoria ética e, por via de consequência, jurídica. O autor ressalta que, face às dúvidas da ciência sobre o início da vida humana, o legislador teria que decidir em favor da parte mais fraca

³⁰⁹ SIQUEIRA, Marília de. O início da vida e a medicina atual. *In*: DIP, Ricardo H. M. (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 337ss.; PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTr, 2002, p. 98ss.

³¹⁰ ALVES, João Evangelista dos S. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. *In*: DIP, Ricardo H. M. (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Fabris 1999, p. 214s.

³¹¹ SIQUEIRA, Marília, de. O início da vida e a medicina atual. *In*: DIP, Ricardo H. M. (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 338s.

envolvida e, tratando de restrições dos direitos de seres não nascidos, optar pelo princípio de se abster em caso de dúvida, amplamente enraizado na ordem jurídica.³¹²

Em sentido contrário se posiciona a teoria do *pré-embrião*, contida no famoso Informe Warnock sobre Fertilização e Embriologia,³¹³ publicado no Reino Unido, em 1984, segundo o qual antes do 14º dia de desenvolvimento o zigoto ainda não possui um sistema nervoso central e portanto não passaria de um emaranhado de células. Essa orientação é seguida por vários países; no Brasil, a Resolução n. 1.358/92, do CFM, no seu Item VI, n. 3, aderiu à teoria do pré-embrião.

É a partir dessa necessária distinção entre o *embrião* e o *pré-embrião* que podem ser enfrentados dois problemas polêmicos: o destino das “sobras embrionárias” na fecundação *in vitro* e a permissibilidade da pesquisa de células embrionárias em geral. Porém, aceitar o fato de que o embrião, nos primeiros 14 dias após a fecundação, ainda não representa uma unidade acabada da vida humana, não significa que ele pode ser livremente descartado ou servir como objeto de pesquisa para qualquer fim.³¹⁴

O Primeiro Substitutivo do Projeto de Lei sobre as TRHA (art. 13) autoriza a transferência de até três “embriões” a cada ciclo reprodutivo da mulher, visando a evitar o dilema dos embriões excedentes. Uma transferência superior é punida com pena de reclusão de dois a seis anos e multa (art. 30), sendo que todos os “embriões” gerados dentro do limite legal devem ser transferidos “a fresco” ao útero materno, não podendo, portanto, ser criopreservados.

³¹² PORRAS DEL CORRAL, Manuel. **Biotecnología, derecho y derechos humanos**. Córdoba: Publicaciones CajaSur, 1996, p. 66ss.; no mesmo sentido: PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTr, 2002, p. 205s.

³¹³ O Governo da Grã-Bretanha, em 1982, constituiu uma comissão sob a presidência de Mary Warnock, com a finalidade de estudar e analisar os temas relativos às técnicas de reprodução assistida, que foi publicado em 1984, sob o título *Inquiry Warnock into Human Fertilisation and Embryology*.

O Segundo Substitutivo, por sua vez, determina, no seu art. 13, que “na execução da técnica de reprodução assistida poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.” Segundo o § 1º, “serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no *caput* deste artigo”. Além disso, o art. 20, V, pune com pena de reclusão de três a dez anos a “redução embrionária”, que consiste na destruição ou retirada de embriões já implantados no útero da mulher, caso este ato não seja praticado para salvar a vida da mulher.

Observa-se que os dois Substitutivos de Lei sobre as TRHA evitam empregar a palavra *pré-embrião* humano – que é utilizado, por exemplo, pelo legislador espanhol –, com a intenção de não “coisificar” o embrião humano e sublinhar a sua dignidade.³¹⁵ Entretanto, o termo *pré-embrião* seria provavelmente o mais adequado por ser amplamente aceito e usado pelos médicos, como mostra a Resolução 1.358/92, do CFM.

De qualquer forma, os dois Substitutivos ao Projeto de Lei sobre as TRHA não permitem mais a existência de “sobras embrionárias”, visto que só poderá ser fecundado o número de óvulos que, depois, serão transferidos para o útero. E, como não haverá mais *pré-embriões* excedentes – que no passado foram criopreservados –, somente os naturalmente abortados poderão ser utilizados em experimentações científicas ou para extração das “células-tronco”, que guardam um alto potencial de cura das mais diversas doenças humanas.

³¹⁴ Vide BOLZAN, Alejandro D. **Reprodução assistida e dignidade humana**. São Paulo: Paulinas, 1998, p. 22ss.

³¹⁵ Cf. BRASIL. Senado Federal. Notas taquigráficas da 8ª reunião da Comissão de Assuntos Sociais, no dia 15.05.2001. Disponível em: www.senado.gov.br/web/senador/tiaovian/atuacao/Reproducao_Assistida/Notas_taquigraficas_CAS_20010515.htm (Acesso: nov. 2004).

Ao contrário, a Resolução n. 1.358/92, do CFM, não fixou um determinado número de pré-embriões a serem criados para cada tentativa de reprodução, estabelecendo somente que “o número ideal de óocitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro”.

Na prática das clínicas de reprodução assistida, são criados pré-embriões em número superior aos efetivamente transferidos para o útero da beneficiária. Essa produção de sobras embrionárias se deve à vontade de aproveitar ao máximo a necessária “hiperindução” de ovulação para captação de cerca de quinze óvulos, que normalmente causa um enorme sofrimento físico – além do estresse psíquico –, com o objetivo de poupar a mulher, para que ela não precise se submeter de novo a este processo doloroso, caso a fecundação artificial não logre ter êxito neste ciclo.

Este fato levou à existência de um número elevado de cerca de vinte mil pré-embriões congelados no Brasil.³¹⁶ O já mencionado Projeto de Lei n° 9, de 2004,³¹⁷ que altera a Lei da Biossegurança (n. 8.974/95), permite que cientistas brasileiros possam usar em suas pesquisas células-tronco de embriões humanos.

O texto prevê que os embriões utilizados devem estar congelados até o dia da publicação da Lei e devem ter, no mínimo, três anos de estocagem. O projeto veda, no entanto, a clonagem humana e a produção de embriões para a retirada de células-tronco, com o objetivo terapêutico. Ou seja, só permite o uso dos que seriam, necessariamente, descartados por clínicas de fertilização. Vale ressaltar que o referido Projeto de Lei não utiliza o termo (adequado) do *pré-embrião*.

³¹⁶ A afirmação é do Senador Tião Viana. *In*: BRASIL. Senado Federal. Notas taquigráficas da 8ª reunião da Comissão de Assuntos Sociais, no dia 15.05.2001. Disponível em: www.senado.gov.br/web/senador/tiaovian/atuacao/Reproducao_Assistida/Notas_taquigraficas_CAS_20010515.htm (Acesso: nov. 2004).

³¹⁷ *Vide* Anexo IV a este trabalho (p. 215ss.).

De qualquer forma, o legislador garantirá a merecida proteção aos pré-embriões, a partir do princípio da dignidade de todas as formas e estágios da *vida humana*, sendo sua utilização somente permitida para fins específicos, não econômicos.

Em seguida, tenta-se desenvolver uma resposta à interrogação de Barreto sobre como será possível fundamentar filosoficamente uma posição intermediária, um meio-termo, entre negar de um lado ao embrião humano todo o estatuto pessoal e, por outro, conferir a uma célula a mesma dignidade moral de um ser consciente e racional.³¹⁸

3.4.3 As doutrinas “natalista” e “concepcionista”: a proteção do embrião *in vitro*

A *personalidade jurídica* é um “atributo criado pela ordem jurídica e imputado ao homem e outras entidades para atender a necessidades do tráfico social, sem que isso possa ser considerado um demérito para o ser humano, ou uma contradição”.³¹⁹ Afere-se a qualidade de pessoa, seja natural, seja jurídica, a todo aquele que tem personalidade jurídica, e esta por sua vez é atribuída por lei.³²⁰

Sujeito de direito é toda pessoa a quem a lei atribui direitos e obrigações. É, portanto, questão anterior à existência de personalidade a de ser ou não *sujeito de direito*; existem, no ordenamento pátrio, vários sujeitos de Direito que *não* são pessoas físicas ou jurídicas.³²¹

³¹⁸ BARRETTO, Vicente de P. A idéia de pessoa humana: os limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 243.

³¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Eficácia** (1ª Parte). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

³²⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 147.

³²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Eficácia** (1ª Parte). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125ss.

Assim, o nascituro, apesar de ainda não possuir personalidade jurídica, que se inicia somente a partir do “nascimento com vida” (art. 2º, CC brasileiro, de 2002), tem capacidade de ser parte e titularidade de pretensões de direito material,³²² o que o caracteriza como sujeito de direito.

Toda pessoa que nasce com vida é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações: é a *capacidade*, que se confunde com a própria personalidade jurídica; ela permite “gradações” e pode ser definida como “maior ou menor extensão dos direitos da pessoa”. Enquanto a capacidade *de gozo* ou *de fato* consiste na aptidão de uma pessoa praticar um ato jurídico, tornando-se sujeito de direitos e obrigações, a capacidade *de direito* inclui a aptidão para exercer esses direitos e cumprir essas obrigações.³²³ Destarte, a incapacidade para exercer os atos da vida civil pode ser absoluta e relativa. Nesse sentido, aqueles que são considerados incapazes pela lei são devidamente representados na proteção de seus interesses, inclusive os embriões *in vivo* ou nascituro.

O nascituro, aquele que ainda que não nasceu mas já foi concebido, é sujeito de direito porque a lei a ele conferiu uma série de direitos: ele pode ser reconhecido pelo pai, adquirir bens na sucessão hereditária, possui o direito à vida etc.

Maciel admite a existência de uma “vida pré-jurídica” ao nascituro enquanto *ente não personificado*, posto que a personalidade jurídica desse ente se encontra completa, bastando apenas o seu reconhecimento legal pelo Estado, confundindo-se a sua capacidade de direito com a própria personalidade jurídica, que lhe dá aptidão para adquirir direitos e obrigações, ainda que de forma representada.³²⁴

³²² *Idem*, p. 138ss.

³²³ ALBERTON, Alexandre M. da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 26.

³²⁴ MACIEL, Fernando A. Barbosa. **Capacidade & entes não personificados**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 58ss.

O já mencionado art. 2º do novo CC – com teor igual ao art. 4º, do CC de 1916 – determina que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Pergunta-se se essa proteção “desde a concepção” pode ser interpretada de forma extensa, ao fora do útero, isto é, aos (pré-)embriões criados *in vitro*, em laboratório.

Na atual doutrina, os “concepcionistas” adotam uma interpretação sistemática, que recorre ao art. 5º, *caput*, CF, com arrimo na defesa do direito à vida e à integridade física da pessoa humana, para estender a personalidade jurídica ao nascituro e, mais recentemente, ao embrião *in vitro*, enquanto que a corrente dos “natalistas” defende uma interpretação literal do art. 2º, do novo CC, condicionando a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento com vida.

O nascituro – na visão natalista – representa uma “mera expectativa de pessoa” (*spes hominis*), sendo considerado como existente para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. Como, para esta linha, a personalidade somente começa com a consumação do nascimento, os direitos do nascituro constituem “meras expectativas” que permanecem “em estado potencial”.³²⁵ Argumenta-se que, se o nascituro já fosse pessoa, “todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei decliná-los um a um”.³²⁶

Para os natalistas, o conceito do nascituro está atrelado ao da gravidez, ou seja, o estado após a implantação do ovo fecundado no útero (nidação), o que faz com que o embrião humano congelado não seja considerado nascituro e, portanto, fique desprotegido pela lei civil. Assim, deve-se constatar que a teoria civilista da proteção dos interesses dos

³²⁵ Cf. ALBERTON, Alexandre M. da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 31ss.

incapazes por via de representação não contribui para a determinação de proteção legal dos embriões humanos *in vitro*.³²⁷

Enquanto o embrião *in vivo* ou o nascituro (embora não seja dotado de personalidade no sentido jurídico) possui atualmente proteção legal e é considerado sujeito de direito, o mesmo não ocorre com aqueles que foram produzidos artificialmente e que se encontram criopreservados, por falta de previsão legal. No entanto, afirma Almeida que o embrião “pré-implantatório” e criopreservado também merece ser protegido jurídica e eticamente como pessoa virtual,³²⁸ necessitando de uma legislação específica.

Por isso, os concepcionistas partem do entendimento de que, do ponto de vista biológico, é a partir da concepção que há o começo de uma nova vida de um ser humano, que deve ser respeitado e tratado como pessoa.³²⁹ Para robustecer o seu posicionamento, eles invocam o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 1992, que reza, no seu art. 4º, I: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Contra os argumentos “natalistas” pode ser aduzido também que a proteção legal do art. 2º, do novo CC, não explicita se a referida concepção deve ser efetuada

³²⁶ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 40.

³²⁷ RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 69ss.

³²⁸ ALMEIDA, Silmara J. de A. Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. **Rev. do Advogado**, n. 38, dez. 1992, p. 23ss.

³²⁹ *Idem*; LORENTZ, Joaquim T. O início da vida humana. In: SÁ, M. de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 339s., 346; ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 203ss.; VIANNA, Guaraci de Campos. O nascituro como sujeito de direitos. **Ensaios Jurídicos**, Rio de Janeiro, 1996, p. 292ss.; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil - Vol. II**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 48 *apud* Mello, Marcos B. de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Eficácia** (1ª Parte). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139.

necessariamente *dentro* do útero feminino; além do mais, o próprio texto não menciona a gravidez como critério de diferenciação entre o embrião “natural” e o *in vitro*.

Nessa mesma linha, Meirelles refuta a necessidade de se outorgar personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, para reconhecê-lo como sujeito de direito, ainda que sob a condição suspensiva da sua implantação no útero ou a resolutive de sua não implantação. Ou seja, a implantação no útero, seguida da nidação, torná-lo-ia um nascituro, e, portanto, titular de direitos. Segundo ela, este condicionamento não pode ser aceito por reduzir a referida titularidade à vontade e ao interesse de outrem, o que levaria a uma “verdadeira instrumentalização do ser embrionário”, especialmente onde existirem “vantagens patrimoniais a partir da eventual gestação ou do nascimento do implantado”.³³⁰

Em relação à proteção da vida dos pré-embriões criados *in vitro*, pode-se identificar a corrente “genético-desenvolvimentista”, que coincide, em grande parte, com a doutrina “natalista” acima mencionada. Para estes autores, o ser humano passa pelas fases de pré-embrião, embrião e feto, apresentando em cada uma delas características diferentes, o que tornaria sem sentido a noção de “direitos do embrião”, porque em um “conjunto desorganizado de células” existiria apenas um “projeto de pessoa”.³³¹

Não é possível vincular a proteção legal do embrião ao instituto da personalidade jurídica, posto que, se de fato a lei assim o reconhecesse, o embrião *in vitro* estaria apto para ser sujeito de direito, e como tal exercer não apenas os direitos de ordem pessoal, mas, inclusive, os de ordem patrimonial.

³³⁰ MEIRELLES, Jussara M. Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa. *In*: BARBOZA, Heloísa H. *et alii* (coords.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 88s., 91.

³³¹ Cf. ANTUNES, Tatiana de Souza A. Clonagem humana: uma afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana. *In*: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João M. (orgs.). **Direito ao extremo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 323.

De fato, seria impensável a aceitação legal, por exemplo, da eventualidade de um sucessor cuja existência dependesse de atos voluntários de terceiros, como do médico ou da viúva do *de cuius*. Por isso, não devem ser atribuídos ao embrião congelado todos os direitos estabelecidos por lei em favor do nascituro, sejam eles relativos à personalidade (vida, saúde, imagem, adoção) ou à doação e à herança, que dependem do nascimento para aperfeiçoar-se.³³² Na mesma linha, Pereira e Silva defende a extensão da personalidade jurídica aos embriões *in vitro*, ao menos parcialmente, isto é, válida na determinação dos direitos à vida e à integridade física e psíquica, excluindo-se os de ordem patrimonial,³³³ para o fim de salvaguarda da vida humana presente nos embriões produzidos artificialmente.

Vale frisar também que, apesar de o Código Civil de Portugal determinar o início da personalidade com o nascimento (art. 66), uma significativa parte da doutrina deste país admite a personalidade jurídica desde a concepção, com base na inviolabilidade da vida humana, principal expressão da dignidade do ser humano (art. 24, n. 1, art. 1º, da Constituição portuguesa).³³⁴

Nessa senda, Otero afirma que “ainda antes do nascimento, o Direito pode e deve intervir na tutela do ser humano, circunstância esta que é independente do reconhecimento

³³² MEIRELLES, Jussara M. Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa. *In: BARBOZA, Heloísa H. et alii* (coords.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 86.

³³³ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos. **Rev. dos Tribunais**, vol. 816, São Paulo, out. 2003, p. 86s.

³³⁴ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 61s.; BARBAS, Stela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 71. No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Embrião e personalidade jurídica. *In: Vida e Direito - reflexões sobre um referendo*. Cascais: Principia, 1998, p. 85.

de personalidade jurídica, pelo menos, tal como esta surge configurada no Código Civil.” Para ele, permite-se falar em “direitos fundamentais do embrião humano”.³³⁵

Entretanto, o Tribunal Constitucional de Portugal entendeu que o princípio fundamental da inviolabilidade da vida humana (art. 24, n. 1, da Carta portuguesa) só assume expressão subjetiva quanto à vida humana já nascida, não se estendendo ao embrião e ao feto humano.³³⁶

Na Espanha, o Tribunal Constitucional (Sentencia n. 53/1985) entendeu que o nascituro não podia ser considerado sujeito titular do direito à vida, mas, ao mesmo tempo, afirmou que o embrião estaria alcançado pelo princípios constitucionais da proteção à vida e à dignidade humana. Na base dessa posição, admitiu exceções à penalização do aborto.³³⁷

Para Habermas, algo pode ser considerado como “indisponível” ainda que não receba o *status* de sujeito de direito portador de direitos fundamentais. E, ainda que ninguém duvide do “valor intrínseco” da vida humana antes do nascimento (e até após a morte), não haveria consenso na sociedade pluralista sobre a “substância normativa” de proteção dessa vida “pré-pessoal”.³³⁸

Assim, “o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade

³³⁵ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 32s., 44ss., 61s. No mesmo sentido: LOUREIRO, João C. Gonçalves. O Direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil Ano 2000 - Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 329.

³³⁶ Cf. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas, *in: BARROS, S. Resende de; ZILVETI, Fernando A. (coords.). Direito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 194.

³³⁷ Cf. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). **Derecho Constitucional - Vol. II**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 80s.

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: A caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 44 ss., 52, 60.

jurídica”.³³⁹ Nessa linha, seria inadmissível dissociar os embriões *in vitro* da proteção oriunda do princípio da dignidade humana e do direito à vida.

Porém, não parece ser o caminho adequado a criação legal de uma “personalidade jurídica pré-natal”, que seria, necessariamente, uma personalidade *parcial*, visto que a qualidade de pessoa induz, pelo próprio conceito, à presunção da plenitude de direitos. Está na linha certa o Segundo Substitutivo do Projeto de Lei sobre as TRHA quando determina, no seu art. 13, § 2º, que “os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil”. O legislador brasileiro também não precisa tratar os pré-embriões *in vitro* como “sujeitos de direito”, a exemplo do nascituro. O pré-embrião representa uma autêntica “expectativa de vida”, que ainda deve se concretizar – no mínimo – com a sua implantação no útero de uma mulher.

No entanto, a sua vida não pode ser sacrificada sem uma justificativa a ser definida em lei. Qualquer tratamento terapêutico deve servir, a princípio, a seu próprio bem. Ao mesmo tempo, pré-embriões mortos ou “inviáveis” para fins de reprodução deveriam ser aproveitados em projetos de pesquisa ou tratamentos médicos aprovados pelo Poder Público.

De qualquer forma, pode-se concluir que o pré-embrião *in vitro*, embora não sendo pessoa, nascituro ou prole, é dotado de um valor especial que o distingue de uma simples coisa ou de tecidos humanos.³⁴⁰ Não há como negar a sua natureza humana, e essa observação é, por si só, o bastante para que se lhe reconheça a necessidade de proteção jurídica.

³³⁹ MEIRELLES, Jussara M. Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa. In: BARBOZA, Heloisa H. *et alii* (coords.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 91ss.

³⁴⁰ RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 80ss.

3.4.4 A proteção constitucional da criança e do adolescente; o princípio do “melhor interesse da criança”

O Constituinte de 1988 considerou as crianças e os adolescentes prioridade absoluta e titulares de direitos fundamentais específicos. Vários documentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos da população infanto-juvenil comprovam uma considerável preocupação das autoridades públicas de diversos países.³⁴¹ A CF de 1988 seguiu esta linha e, no seu art. 227 *caput*, introduziu os direitos fundamentais da infanto-adolescência.³⁴²

Pode-se afirmar até que os direitos da criança e do adolescente são direitos *duplamente garantidos*, de um lado pela própria CF e, por outro, por tratados internacionais,³⁴³ representando verdadeiros direitos fundamentais, através do art. 5º, § 2º, CF.³⁴⁴ Assim, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança³⁴⁵ prevê a preferência absoluta do melhor interesse da criança (item 3.1),³⁴⁶ consagrando a “doutrina da proteção integral” e reafirmando o “princípio do interesse maior da criança”.

³⁴¹ Historicamente, essa preocupação se revela em vários documentos, dentre eles: a Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948; a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959; a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de São José”.

³⁴² Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (org.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 639ss.

³⁴³ Acolhe-se a posição de Sarlet de que a expressão *tratado* engloba vários documentos internacionais, referindo-se a tratados apenas como gênero, cuja espécie se desdobra nas convenções e pactos, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; cf. SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 125.

³⁴⁴ Cf. PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina C. de. Infância e juventude: Os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na CF 1988. **Rev. Trimestral de Direito Civil**, n. 3, Rio de Janeiro, jul./set., 2000, p. 89.

³⁴⁵ A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela ONU em 20.12.1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 99.710/90.

³⁴⁶ “Art. 3 - 1.: Em todas as ações relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.”

Além do que, em nível infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n. 8.069/90), menciona como direitos fundamentais da criança e do adolescente os direitos à vida e à saúde (art. 7-14), à liberdade e à dignidade (art. 15-18) e à convivência comunitária (art. 19-24).

Lôbo afirma que a proteção absoluta e integral da criança e do adolescente ao receber *status* constitucional entrou no âmbito dos direitos fundamentais, e com absoluta prioridade em relação aos demais membros familiares,³⁴⁷ sendo devedores de tal proteção a família, a sociedade e o Estado, conforme redação do art. 227, da CF. Com efeito, a proteção integral à criança não é apenas uma obrigação familiar ou estatal, é antes de tudo um dever social.

Em face da doutrina da “proteção integral”, deve prevalecer o reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como titulares de direitos fundamentais enquanto pessoas em condição peculiar de desenvolvimento cujos direitos devem ser protegidos em qualquer situação. Sua identidade pessoal tem vínculo direto com a sua identidade familiar e social. Seu nome, apelido, sua imagem, todos compõem a sua individualização como pessoa, fator primordial em seu desenvolvimento.³⁴⁸

Enquanto pessoas humanas em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são integralmente protegidos com o objetivo de permitir “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”, de acordo com o art. 3 da Lei n. 8.069/90 (ECA). Com isso, houve uma mudança fundamental de paradigmas no que concerne à proteção da criança e do

³⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (org). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 252.

³⁴⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. **Rev. Brasileira de Direito de Família**, n. 6, São Paulo, jul./set. 2000, p. 36, 41.

adolescente, que vai além da esfera civil e abrange, sobretudo, a proteção de seus direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade.

É possível afirmar que tudo o que venha a ser disciplinado pela futura Lei sobre as TRHA e envolva direta ou indiretamente a criança, deve ser decidido em seu interesse, observando sempre o seu “bem-estar psíquico-emocional” (art. 5, do ECA).³⁴⁹ Daí por que sugerimos que a futura lei sobre o tema proíba terminantemente à criança e a adolescente o acesso, antes da maioridade, aos dados de sua origem artificial.

Se a proteção constitucional abarca direitos fundamentais como os à vida, à alimentação, ao lazer, ao esporte, à proteção do trabalho, à cultura, à educação, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar, evidentemente há de se encontrar, também no ECA,³⁵⁰ a proteção ao bem-estar emocional da criança enquanto expressão de um possível direito ao desenvolvimento da personalidade.

Este direito, além de abranger os referidos direitos positivados, acolhe também o elemento psicológico de satisfação subjetiva de estar entre aqueles que lhe são afins afetivamente. Sem dúvida, as questões relativas à filiação originária das TRHA e todas as conseqüências jurídicas delas advindas devem ser analisadas à luz do princípio constitucional do melhor interesse da criança.³⁵¹

Pereira alerta que a tradução oficial portuguesa da Convenção Internacional dos Direitos da Criança não captou adequadamente a expressão *the best interests of child*, que foi traduzida como “interesse *maior* da criança”, o que implicaria o aspecto *quantitativo*,

³⁴⁹ Diz o art. 5º, ECA: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo, na forma da lei, qualquer atentado por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais.”

³⁵⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo. A tutela jurídica da filiação: aspectos constitucionais e estatutários. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 266.

quando, na verdade, deveria imperar o aspecto *qualitativo*, ou seja, “o *melhor* interesse da criança”. A expressão original surgiu da tradição anglo-saxã e remonta ao instituto *parens patriae*, aplicável onde pessoas incapazes e seu patrimônio se encontravam sob a tutela da Coroa inglesa, que tinha de respeitar e garantir a primazia do interesse da criança sobre o de outras pessoas, inclusive seus pais.

Pereira tem razão quando alega que não há receita mágica para a identificação do melhor interesse da criança e do adolescente, podendo-se apontar como indicativos a opção menos prejudicial ou a que cause menos dano à criança ou ao adolescente. De qualquer maneira cabe ao Poder Judiciário consolidar este princípio em sua prática diária.³⁵²

O referido princípio é identificado como norma cogente, em vigor em nosso ordenamento jurídico, por força da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 99.710/90.³⁵³ Além disso, constitui critério interpretativo imposto às autoridades, “um critério significativo na decisão e aplicação da lei”.³⁵⁴ Aplicar o princípio do melhor interesse da criança implica considerar os fins a que essa norma se destina, qual seja, a *proteção integral* aos direitos da criança e adolescente,³⁵⁵ que deve prevalecer em todas as questões que envolvam os seus específicos interesses.³⁵⁶

³⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. **Rev. Brasileira de Direito de Família**, n. 6, São Paulo, jul./set. 2000, p. 32ss.

³⁵² *Idem*, p. 39s.

³⁵³ *Idem*, p. 40ss.

³⁵⁴ FACHIN, Luis Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 125.

³⁵⁵ PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de C. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Rev. de Direito de Família**, vol. 3, São Paulo, jul./set., 2000, p. 108.

³⁵⁶ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 460.

Em suma, pode-se alegar que o princípio do melhor interesse da criança constitui importante limite ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo ao direito de reprodução assistida no Brasil.

CAPÍTULO IV

AS PRINCIPAIS QUESTÕES JURÍDICO-CIVIS LIGADAS ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O SEU TRATAMENTO *DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA*

4.1 Aspectos introdutórios da “constitucionalização” do Direito Civil; 4.2 A constitucionalização do Direito de Família e seus reflexos no direito de reprodução artificial; 4.3 O tratamento dos principais assuntos ligados à reprodução humana assistida em algumas legislações estrangeiras; 4.4 O direito à identidade pessoal e o sigilo do doador de gametas; 4.4.1 Filiação civil resultante da reprodução assistida heteróloga: vínculos constitutivos, requisitos formais e objetivos; 4.4.2 A presunção da paternidade e a sua impugnação; 4.4.3 A identidade pessoal (absoluta e relativa) como direito fundamental da personalidade; 4.4.4 O sigilo do doador nos recentes projetos de Lei sobre as TRHA;

4.4.5 O direito à identidade pessoal e sua ponderação no sistema constitucional brasileiro; 4.4.6 Direito à identidade genética e direito à filiação: distinções; 4.5 A filiação originária da fecundação homóloga post-mortem; 4.6 A maternidade de substituição e a “barriga de aluguel”.

4.1 Aspectos introdutórios da “constitucionalização” do Direito Civil

A formação de microssistemas baseados num número expressivo de leis especiais e a constitucionalização de suas categorias principais aponta para um tempo distinto daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo jurídico.³⁵⁷ Nesse sentido alerta Fachin:

É certo que a estrutura jurídica do dogmatismo resistiu o quanto pôde, como aliás o faz, à estrutura social gerada no Brasil. Agora, porém, se há no Direito uma forma de ‘ver o mundo’, nela está o inacabado, a construção incessante (...). Isso se traduz na exigência de uma conduta diferente para o jurista, chamado a pensar sobre seu tempo e não mais sobre estruturas perenes e acabadas.

À margem dessas novas características do Direito, observa-se, em particular, que o Direito Privado perdeu as suas características de ordem individualista, patrimonialista, e por que não dizer elitista, típicas das grandes codificações dos séculos XVIII, XIX e do início do século XX.

Desta forma, a concepção civilística sobre propriedade individual sublinhava um sistema jurídico que exaltava a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica. A propriedade e o contrato eram expressões necessárias da autonomia desse indivíduo. Entretanto, este indivíduo, identificado pelo Código Civil, não passava de uma abstração conceitual, um sujeito de direito em hipotética paridade com outros sujeitos de direito.

“Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção

³⁵⁷ FACHIN, Edson Luiz. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4. Pondera o autor:

patrimonial (...). Todos podem casar, ser proprietários e testar; todos são iguais.”³⁵⁸ E mais, era no Código Civil que se concentravam as principais matérias comuns aos vários ramos do Direito, como as fontes, sua interpretação e aplicação da lei no tempo e espaço.

Dentro desse modelo oitocentista, cabia ao Código disciplinar detalhadamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes, de maneira que a aplicação do Direito aos fatos pelos juízes pudesse se realizar por meio de um simples silogismo. A onipotência do legislador e o servilismo judicial eram conformes com a visão do princípio da separação dos poderes. Nega-se o papel criativo dos juízes na aplicação da lei. O Código aspirava à completude, com o objetivo de disciplinar praticamente todos os aspectos da vida humana; é o que Tepedino denomina “exasperação da técnica legislativa regulamentar”.³⁵⁹

Após a II Guerra Mundial, a quantidade de normas especiais se avolumava, disciplinando novos institutos do Direito Privado, surgidos com a evolução econômica, fruto de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que mudava de feições, tornando-se social. Este processo foi intenso na Europa pós-guerra e não passou desaparecido no Brasil em meados da década de 60, com a edição de uma pletora de leis em matéria de Direito Privado: locação urbana, condomínios, estatuto da mulher casada etc.³⁶⁰

Neste contexto, houve o processo de descodificação do Direito Privado, que consiste no advento de microssistemas legislativos que disciplinam, à margem do Código Civil, várias relações jurídicas, não previstas pela codificação. Com esta fragmentação do sistema privado e a promulgação da Constituição de 1988, esta também passa a disciplinar

³⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 15s.

³⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. O Código civil e os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, *in*: TEPEDINO, G. (coord). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 2.

³⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 93ss.

as relações econômicas e privadas, e converte-se em um centro unificador do Código Civil.³⁶¹

Assim, o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado repercute na propriedade, no contrato, na empresa e na família enquanto institutos centrais jus-privatistas, que devem ser redefinidos para harmonizarem-se com as normas principiológicas da Constituição, especialmente os direitos fundamentais. A Lei Suprema é capaz de alcançar as relações cíveis diretamente, sem necessidade da intermediação legislativa,³⁶² visto que se impõe uma mudança de atitude hermenêutica, no sentido de interpretar a Lei Civil em confronto com a Lei Maior.³⁶³

De fato, a CF de 1988 desloca o foco de atenção: ao invés de realçar a importância da atividade econômica, a aquisição e produção de bens, ela volta a sua face para a observância e respeito aos direitos fundamentais, consagrando o princípio da dignidade humana, além de ressaltar os valores democráticos, igualitários, solidários e plurais de nosso ordenamento jurídico.

Constitucionalizar o Direito Civil implica, naturalmente, atribuir-lhe uma forte carga solidarista e despatrimonializante, com ênfase na pessoa humana, isto é, no *ser*, em detrimento do *ter*. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro, através de sua Carta Política, fez uma escolha, com a devida orientação da funcionalização de situações patrimoniais em favor dos valores e princípios *existenciais*.³⁶⁴

³⁶¹ *Idem*, p. 97.

³⁶² *Idem* p. 97ss.

³⁶³ TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio A. Direito Civil e Constituição. In: TAVARES, André Ramos *et alii* (coords.). **Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução**. São Paulo: Método 2003, p. 373.

³⁶⁴ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 382ss.

A despatrimonialização consiste no reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, mas, ao contrário, devem ser tratados pela ordem jurídica como meios funcionalizados para a realização da pessoa humana. Assim, houve transformações na visão da função social da propriedade, na família que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno e plural quanto a sua origem, e nas relações contratuais, permitindo-se intervenções em benefício de categorias específicas como os consumidores.³⁶⁵

Os códigos oitocentistas liberais eram profundamente marcados pelo individualismo, isto é, o indivíduo/pessoa era uma realidade abstrata, um mero conceito legal; a sua personalidade jurídica e a consequente titularidade de sujeito de direito advinha por força da lei. Nessa visão, o indivíduo era um ser desenraizado, visto fora das relações sociais, nas quais estava imerso.³⁶⁶

Em sentido inverso, a personalização do Direito Civil implica a superação do paradigma individualista, abrangendo, inclusive, as pessoas envolvidas nas atuais relações familiares. Segundo Perlingieri, as Constituições modernas protegem a família não em função de interesses “superiores”, mas “em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”.³⁶⁷

Neste sentido, Lôbo afirma ser um grande desafio aos juristas “a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial”. Para ele, “a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais”.³⁶⁸

³⁶⁵ Cf. RAMOS, Carmem Lúcia S. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz E. (org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31ss.

³⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 116ss.

³⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 243; *vide* também: NEVARES, Ana Luiza M. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. *In*: RAMOS, Carmem L. S.; TEPEDINO, G. (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 297s.

³⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado, vol. XVI: arts. 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 57.

Resuma-se, a personalização do Direito Privado é resultado de sua socialização,³⁶⁹ que concebe a pessoa como um ser social, titular de direitos e obrigações perante seus semelhantes e que incide com a crescente infiltração do valor da solidariedade no Direito Privado, reconhecendo-se a desigualdade de fato entre os sujeitos de direito, com a preocupação de proteger a parte mais fraca nas relações intersubjetivas.

Enfim, a preocupação com a liberdade continua, mas ela se adapta e enriquece com a atenção dada à igualdade material e à solidariedade. A autonomia privada continua valorizada, como emanação da liberdade humana, entretanto a ordem jurídica vai temperá-la com preocupações sociais. Neste sentido a intervenção estatal nas relações privadas se justifica em duas situações: na proteção da parte mais fraca nas relações jurídicas e na promoção de interesses gerais da coletividade.³⁷⁰

4.2 A constitucionalização do Direito de Família e seus reflexos no direito de reprodução artificial

No tocante à família brasileira, especialmente do final do século XX, observa-se uma série mudanças que se refletiram na Constituição de 1988, dentre as quais vale destacar a substituição do modelo tradicional de família, de ordem patrimonial, centrada no casamento civil, para uma família formada com base na afetividade.

A realidade da vida familiar brasileira se apresentou ao longo dos últimos anos, complexa e cambiante. A rapidez das mudanças, a diversidade das áreas culturais e a variação regional do desenvolvimento humano no país impedem qualquer tentativa de uniformização da sua situação atual. O lugar, a classe social, o sexo, a cor e a idade dos indivíduos condicionam profundamente as formas concretas de milhões de famílias.

O modelo predominante de família entre o século XIX e os anos 60 do século passado é baseado na instituição matrimonial, onde os papéis e as relações entre os diversos elementos da família são rigorosamente definidos pela instituição e acatados pela maioria dos membros do grupo social. Houve, no entanto, profundas transformações ao

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 118.

longo das últimas décadas, sobretudo nos países da Europa Ocidental (como a Suécia e a Dinamarca), que marcaram a evolução nos comportamentos familiares, através da maciça entrada de mulheres no universo do trabalho profissional.³⁷¹

A família, atualmente, é estudada como modelo que está sendo construído paulatinamente em nosso grupo social, com raízes num passado distante, mas ainda presente, para um modelo chamado de transição, isto é, de uma sociedade de bases rurais para outra de bases industriais, destacando-se a forte participação feminina no mercado de trabalho como um elemento determinante na alteração dos papéis sociais dentro da família.

No modelo tradicional de família brasileira, a união entre homem e mulher não era uma decisão somente do casal, mas ocorria por vontade das famílias dos cônjuges, necessitando da aquiescência dos genitores, na avaliação concreta das condições para que a mulher viesse a ser esposa e mãe exemplar e o homem pudesse manter o sustento de sua mulher e dos filhos.

Havia, portanto, uma responsabilidade enorme da família da noiva em entregar a filha nas condições adequadas para reproduzir a função devida à mulher: ser esposa para seu marido e mãe para seus filhos. Tudo isto estava articulado com as funções esperadas do homem, que deveria ser experimentado, inclusive sexualmente, estando pronto para assumir, daí em diante, o papel de reprodutor, possuidor do conhecimento para se ter filhos, e mais, ser capaz de sustentá-los. Desta maneira, observamos a segregação nos papéis sociais: ao homem caberia o mundo do trabalho, de onde viria o sustento da família,

³⁷⁰ *Idem*, p. 199ss. Vale a pena conferir a argumentação do autor no tocante à equivocada afirmação de parte da doutrina de que as limitações à autonomia privada derivam da primazia dos interesses coletivos sobre os individuais.

³⁷¹ Cf. LEANDRO, Maria Engrácia. Complexidade das estruturas familiares na sociedade moderna. *In*: SOUSA, Pio A. de (org.). **Revista Teológica**, vol. XXIX, 1994, p. 7.

e a mulher ficaria encarregada do mundo doméstico, de onde viria a criação e proteção dos filhos.³⁷²

Tal posicionamento social refletiu-se em nossa legislação a começar pelas Ordenações Filipinas³⁷³, estendendo-se, inclusive, ao Código Civil, que, em matéria de família, entregou ao cônjuge varão a chefia da sociedade conjugal, considerando a mulher relativamente incapaz, não podendo, sem autorização do marido: aceitar ou repudiar herança, aceitar tutela, curatela ou outro *munus* público, litigar em juízo cível ou comercial, ressalvados os casos expressamente nominados, exercer *profissão*, aceitar mandato ou mesmo contrair obrigações que pudessem importar em alheação dos bens do casal. Foi com a lei 4.121, de 1962 (o Estatuto Civil da Mulher Casada), que se iniciou um processo de democratização da sociedade conjugal.³⁷⁴

No sistema original do Código Civil a base da família se encontrava no casamento civil, vinculado à autoridade do marido como chefe da sociedade conjugal, tendo a mulher a função de auxiliá-lo na direção do lar e educação com os filhos.³⁷⁵ No modelo em transição, a primeira mudança é a alteração da posição da mulher na família, a partir de sua maior independência econômica.

Podemos observar a passagem da família ideal para a família real. A primeira ainda representa o modelo para a maioria das pessoas, que deve ser constituída conforme os “conhecidos rituais”, como a sua formalização perante o Estado, a sua celebração na Igreja

³⁷² Cf. KRELL, Olga J. Gouveia. **União estável: uma análise sociológica**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23ss.

³⁷³ “A mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha ‘fraqueza de entendimento’ (Livro 4, Título 61 e Título 107). O marido podia castigar (Livro 5, Título 36 e 95) sua companheira; ou matar a mulher em caso de adultério (Livro, Título 38)”; cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal - direitos e deveres. **Rev. ESMAPE**, n. 6, Recife, out./dez. 1997, p. 366.

³⁷⁴ LIRA, Ricardo C. Pereira. Breves estudos sobre entidades familiares. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 84.

e uma procriação imediata. A “família real”, por sua vez, ganha espaço, principalmente nas grandes cidades, através de arranjos como uniões estáveis, família monoparental, com a chefia feminina, mães adolescentes, e ou solteiras que não desejam conviver como o pai de seus filhos, e, principalmente, pais e companheiros que lançaram mão das TRHA.³⁷⁶

Atualmente, a Sociologia da Família aponta para a transição³⁷⁷ da estrutura familiar, e isso é verificável quando analisadas as seguintes mudanças: a) da família extensa à nuclear; b) da família numerosa em filhos e parentes para uma família racionalmente limitada aos pais e filhos; c) a queda da segregação dos papéis de marido e de esposa; d) a diminuição do aspecto econômico como fator determinante na formação da família para o resgate do sentimento de afetividade em sua formação.

Para Lôbo, o princípio da afetividade tem base na própria Constituição, projetando-se, no seu âmbito, “a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.”³⁷⁸

A constitucionalização do Direito de Família é verificável com uma série de comandos jurídicos trazidos pela CF de 1988, que até então eram desconhecidos pelo antigo CC, e que foram por ele incorporados, em observância do princípio da adequação das normas infraconstitucionais à norma suprema do ordenamento jurídico. Assim, a Constituição federal veio ocupar o lugar classicamente deferido ao Código Civil, contendo

³⁷⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 657.

³⁷⁶ CALDERÓN, Adolfo I.; GUIMARÃES, Rosamélia F. Família: a crise de um modelo hegemônico. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, dez. 1994, p. 26s.

³⁷⁷ Vide KRELL, Olga J. G. **União estável: análise sociológica**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 55ss.

³⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **A família na travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 249.

as regras e os princípios fundamentais do Direito de Família.³⁷⁹ Nessa senda, a família, uma instituição privada, passou a ser considerada um direito do cidadão e assume uma pluralidade de feições, na direção de uma “união de afeto” e menos de uma forma de aquisição e preservação do patrimônio.³⁸⁰

O Código Civil de 1916 tratava, de forma discriminatória, da filiação biológica que se dividia em *legítima* (concebido no casamento) e *ilegítima* (de relação extraconjugal), que poderia ser *natural* (filhos de pessoas sem impedimento legal para o casamento) ou *espúria* (adulterina e incestuosa), além da adoção. Os bens deviam ser contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consangüínea. Nesse contexto axiológico, pode ser compreendida a discriminação sofrida pelos filhos ilegítimos e adotivos, bem como a preocupação exagerada do legislador civil para com os aspectos patrimoniais das relações de filiação, manifestada na sucessão hereditária.³⁸¹

Dentre as novidades trazidas pela Constituição em matéria de Família, podem ser destacadas a possibilidade do divórcio como forma de romper o vínculo matrimonial, a diminuição dos prazos para fins de separação judicial e divórcio, a igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges e companheiros, a igualdade entre os filhos, a proibição de emprego de qualificações discriminatórias no tocante à filiação, a proteção integral da criança e do adolescente, o reconhecimento de outros tipos de família, além daquela constituída pelo casamento, e da previsão e proteção constitucional ao planejamento familiar do casal.

Lôbo classifica em três os princípios constitucionais que regem as relações familiares: o da *dignidade* da pessoa humana, concebido como estruturante nas relações

³⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 56s.

³⁸⁰ RAMOS, Carmem Lúcia S. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do Direito Civil. **Rev. da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 29, Curitiba, 1996, p. 149.

familiares; o princípio da *liberdade*, que consiste no livre poder de escolha ou mesmo autonomia na constituição, realização e extinção da entidade familiar, bem como no livre planejamento familiar, na livre definição dos modelos educacionais, na livre formação dos filhos, desde que se tenha observado os limites da dignidade da pessoa humana; e, por fim, o princípio da *igualdade* nas relações, isto é, na paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos.³⁸²

Qualquer norma jurídica do Direito de Família brasileiro exige a presença de fundamento de validade constitucional, em especial a observância dos princípios constitucionais da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares, todos de conformidade com o fundamento da República do Brasil (art. 3º, III, CF), a dignidade da pessoa humana.³⁸³ Não há dúvidas, as relações familiares passaram a ser norteadas em razão da dignidade de cada partícipe na sociedade. É a família o local propício para o desenvolvimento da pessoa e de sua dignidade.³⁸⁴ E foi a consagração desse princípio o grande avanço em matéria de família proclamado pela Constituição de 1988.³⁸⁵

Tepedino identifica como traços característicos da CF de 1988 em matéria de filiação a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos, a despatrimonialização das relações entre pais e filhos e a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos

³⁸¹ cf. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 550.

³⁸² Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, **Revista Direitos&Deveres**, n. 3, Maceió, jul./dez., 1998, p. 102s.

³⁸³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 551.

³⁸⁴ Cf. COSTA, M. Isabel Pereira da. Proteção estatal à família, à união estável, ao casamento, o que é importante? **Revista AJURIS**, n. 73, Porto Alegre, jul. 1998, p. 275s.

³⁸⁵ Cf. CARBONERA, Silvana M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 496.

genitores.³⁸⁶ As transformações nos paradigmas da família se fizeram com a nova Constituição, que rompe com o formalismo típico das legislações liberais, a exemplo do Código Civil brasileiro que supervalorizou os aspectos patrimoniais.³⁸⁷

A transformação ocorrida no texto constitucional brasileiro em matéria familiar conduziu à superação da desigualdade existente entre o matrimônio enquanto instituição jurídica liberal e as famílias informais, direcionando-se à compatibilização do mundo jurídico e do mundo real. Portanto, somou-se ao contexto social um posicionamento intervencionista³⁸⁸ e solidário em matéria de família assumido pelo Estado Social.³⁸⁹ Consagrando a multiplicidade de família na CF 1988, o Estado aumentou a sua tutela, recepcionando outras formas de família fundadas no afeto e no desejo de estarem juntas.

A certeza que se tem é que a definição do novo Direito de Família ainda está inacabado. E mais, na virada do século, devemos considerá-lo como uma fonte de reflexão, e menos de conclusões.³⁹⁰ As relações familiares – originadas ou não de forma natural – se dão de maneira construtiva e plural, arraigadas com forte sentimento de afeto entre seus membros; tal entendimento em muito ajudará a definir os contornos, e fundamentos constitucionais, daquelas famílias que se formaram com a ajuda das técnicas de reprodução assistida.

Assim, a constitucionalização do Direito Civil, e especificamente do Direito de Família, contribui para que algumas das principais técnicas de reprodução (fecundação heteróloga, fecundação *post-mortem*, maternidade de substituição) sejam avaliadas criticamente à luz dos princípios constitucionais.

³⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 550s.

³⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista de Direito Privado**, n. 19, São Paulo, jul./set. 2004, p. 250ss.

³⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Direitos & Deveres**, n. 3, Maceió, jul./dez. 1998, p. 93.

³⁸⁹ RAMOS, Carmem L. Silveira. **De relação existencial de fato à realidade jurídica: uma perspectiva da família sem casamento**. Tese de Doutorado em Direito, Curitiba: UFPR, 1997, p. 52ss.

Diante disto, observa-se, no Segundo Substitutivo do Projeto de Lei brasileiro sobre as TRHA, a preocupação com os embriões gerados *in vitro* (independentemente de não serem considerados como pessoa humana no sentido jurídico), cujo destino atual de sua criopreservação é indefinido em termos legais. Em respeito à personalização consagrada pela constitucionalização do Direito Civil, determina-se a proibição da utilização dos embriões excedentários em pesquisas científicas, salvo os que foram naturalmente abortados, com autorização expressa dos beneficiários (art. 13, § 4).

Outra consequência da referida constitucionalização é a inclusão, no art. 1º, § único, inciso II, do referido Segundo Substitutivo, das mulheres solteiras no grupo das beneficiárias das técnicas reprodutivas, ao lado dos casais (casados ou em união estável), como consequência do disposto no art. 226, § 4, da CF, que, para muitos, protege também a família monoparental, posicionamento este com que comungamos.

Outra influência da constitucionalização do Direito de Família sobre o referido Projeto de Lei é a igualdade entre os filhos, consagrada pela Constituição de 1988, que também se estende à filiação originária das TRHA, atribuindo aos beneficiários a condição de *paternidade plena* da criança nascida mediante o emprego de técnica de reprodução assistida” (art.16).

Por fim, registre-se que, em nome do princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF), não é admissível a impugnação da paternidade por parte daquele que assumiu expressamente um projeto parental, valendo-se das TRHA.

4.3 O tratamento dos principais assuntos ligados à reprodução humana assistida em algumas legislações estrangeiras

Considerando que o Brasil ainda está em fase de criação de suas normas jurídicas sobre os assuntos ligadas às TRHA, é de suma importância um olhar atento às principais

³⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 291.

legislações estrangeiras no tocante à paternidade, maternidade e filiação decorrentes da fecundação artificial homóloga e heteróloga, à maternidade de substituição, à fecundação *post-mortem* e ao descarte de embriões excedentários.

Como já foi dito, os principais temas da Bioética, dentre eles o da reprodução assistida, surgiram e se desenvolveram na Europa e na América do Norte, tendo sido decisiva a criação das “comissões de Ética” em diversos países, antes mesmo da entrada em vigor de suas respectivas legislações.

A França, por exemplo, foi a pioneira na Europa quando criou, em 1983, um Colegiado Nacional Consultivo de Ética para a Vida, a Ciência e a Saúde. Na Holanda, a partir de 1991, foi criado o *Dutch Interim Central Committee on Ethical Aspects for Medical Research* (KEMO), para dar um suporte central aos comitês locais de Ética médica.

O Canadá desenvolveu uma série de foros em nível local, distrital e nacional para lidar com as questões específicas de Bioética, focalizando tópicos que envolvem questões legais, éticas e sociais suscitadas pelas novas tecnologias reprodutivas. Apesar da experiência canadense resultar em um emaranhado de recomendações, muitas delas inconsistentes e uma em conflito com as outras, esta situação não deve ser interpretada negativamente.

No entanto, qualquer estudo legal comparativo deve ser efetuado com cautela, respeitando-se as características históricas, culturais e socioeconômicas específicas de cada país. O estágio atual da discussão internacional sobre as novas técnicas reprodutivas mostra que ainda não existe uma “ética universal”, sendo que a diversidade das posturas legais é fruto das diferentes tradições, costumes e sistemas de valores de cada sociedade.

Por outro lado, é possível verificar que as conquistas científicas no âmbito da reprodução assistida colocam-se de modo comparável, em especial entre as legislações da Europa Ocidental.³⁹¹ Entretanto, lembra-se que este trabalho não oferece a proposta de uma abordagem completa e profunda de dados de Direito Comparado, mas apresenta somente notas de legislações estrangeiras que, por serem pioneiras no assunto, merecem registro.

A Lei *Sueca* de Inseminação Artificial,³⁹² de 1985, foi a primeira legislação completa sobre fecundação artificial, permitindo o art. 2 o uso desta técnica apenas aos casais e companheiros em uniões estáveis, com consentimento expresso do parceiro, excluindo-se os casais homossexuais e as mulheres solteiras. A intervenção apenas pode ser realizada em hospitais públicos, sob a supervisão de médico especialista, depois que este tenha se certificado que as condições médicas, psicológicas e sociais são adequadas.

No tocante à fecundação heteróloga, o texto legal coloca os pais da criança em situação paralela àquela desfrutada pelos pais adotivos, requerendo que o casal idealizador da fecundação *in vitro* venha a adotar o bebê.³⁹³ A única forma de fertilização *in vitro* permitida é aquela em que os gametas são próprios do casal ou dos companheiros.³⁹⁴

Na *Espanha*, em 22.11.1988, foi aprovada a Lei n. 35, sobre técnicas de reprodução assistida, que contém normas civis, administrativas e penais. De acordo com ela, mulheres maiores de 18 anos, inclusive solteiras, podem recorrer às TRHA (art. 6), quando estas não põem em risco a sua saúde ou a de sua eventual descendência. A mulher casada necessita do consentimento formal do marido. Os embriões excedentes da fecundação *in vitro* devem

³⁹¹ Na França, a Lei n° 94.654, de 29.7.1994; *vide* também SANTOS, M. Celeste C. Leite. **Equilíbrio de um pêndulo. Bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 112.

³⁹² Cf. EWERLÖF, Göran D. Swedish legislation on artificial insemination. *In: La filiación a finales del siglo XX*. Madrid: Trivium, 1988, p. 66.

³⁹³ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 297.

³⁹⁴ DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.108 ss.

ser conservados por um período máximo de cinco anos, ficando à disposição dos “bancos de gametas” depois de dois anos (art. 11, n. 3-4).³⁹⁵

A *Lei Alemã* de Proteção aos Embriões, de 24.10.1990, estabelece que a fecundação heteróloga deve ser autorizada apenas em condições restritas, a exemplo de perturbação duradoura da fecundidade do marido e após o consentimento por escrito deste, na presença de notário. A fecundação *in vitro* só pode ser autorizada se for homóloga, em casos restritos, por instituições médicas autorizadas, admitindo-se somente a fecundação do número de óvulos necessários para uma só transferência, para evitar embriões excedentes, cuja criopreservação é proibida. É vedada aos casais não casados a reprodução assistida com o espermatozóide de um doador, assim como a procriação artificial de mulheres solteiras.

Portugal não possui, até o momento, uma legislação específica sobre o tema; existe, entretanto, um Projeto de Lei n. 135/VII, de 1.8.1997.

Na *Grã-Bretanha*, em 1988, entrou em vigor o *Family Law Reform Act*, que admite o emprego das técnicas de fecundação homóloga e heteróloga, inclusive com a utilização de fecundação *in vitro* para ambos os casos. Para referida lei, o marido que consentiu na fecundação de sua esposa com outro homem é considerado o pai, não se estabelecendo vínculo de parentalidade entre a criança e o doador.³⁹⁶ Além disso, o *Human Fertilization and Embriology Act*, de 1990, versa sobre os assuntos relacionados à reprodução assistida.

Os *Estados Unidos da América* disciplinaram a fecundação artificial por meio de legislação federal, apesar da organização jurídica descentralizada desse país, onde cada

³⁹⁵ Cf. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal F. **Biología y filiación**. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 20ss. *passim*.

³⁹⁶ DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 35.

estado federado estabelece o seu próprio Direito de Família.³⁹⁷ Em 1973, o *Uniform Parentage Act* (Section 5), que se tornou legislação modelo para os estados, determinou que a criança gerada artificialmente com sêmen de terceiro terá como pai legal o marido que expressamente consentiu na fecundação e que o doador não tem qualquer relação com a criança.³⁹⁸

Resumindo a breve análise das legislações estrangeiras, observa-se a ocorrência de pontos comuns e divergentes: a fertilização com sêmen de terceiro é aceita em todas as ordens jurídicas; para execução da fecundação heteróloga, normalmente se faz necessária a expressa autorização ou consentimento do marido, que nesse caso não poderá impugnar a paternidade; há um grande esforço legislativo de proibir a maternidade de substituição, mas, caso ela tenha sido efetuada, considera-se mãe a mulher que deu à luz; a fecundação *post-mortem* não é assunto de consenso, entretanto, a maioria das legislações a proíbe.

4.4 O direito à identidade pessoal e o sigilo do doador de gametas

4.4.1 Filiação civil resultante da reprodução assistida heteróloga: vínculos constitutivos, requisitos formais e objetivos

³⁹⁷ Essa lei, que disciplina a filiação dos filhos concebidos mediante fecundação artificial, vigora em 16 Estados norte-americanos; cf. SILVA-RUIZ, P. F. Panorámica general de la fecundación humana asistida en los Estados Unidos. In: **La filiación a finales del siglo XX**. Madrid: Trivium, 1988, p. 88.

³⁹⁸ DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 44ss. Até o final dos anos 90 do século XX, apenas 29 Estados norte-americanos possuíam legislação específica sobre a fecundação artificial, enquanto os demais optaram por adotar a legislação modelo de 1973, com uma ou outra variante.

Em seguida, analisar-se-á um novo modelo jurídico de maternidade, paternidade e filiação, a partir do uso das TRHA, na modalidade fecundação *heteróloga* e, sobretudo, se proporá uma solução jurídica construída a partir da moderna doutrina brasileira.

Ainda que essa proposta seja temporária – posto que não existe uma lei específica que proíba ou permita o seu uso –, algumas questões serão estudadas e contextualizadas de conformidade com o texto constitucional, tais como a determinação dos vínculos de parentesco, os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais advindos do novo tipo de filiação, a impugnação da paternidade pelo marido da mulher que consentiu no projeto parental, o direito à impugnação dessa parentalidade pelo próprio filho e, ainda, a possibilidade de se revelar a identidade genética e civil do doador do material genético.

A partir do momento em que é possível procriar sem a contribuição genética de um dos cônjuges ou companheiros (reprodução assistida heteróloga), necessário se faz estabelecer critérios para fins de estabelecimento dos vínculos de parentesco civil e os conseqüentes efeitos jurídicos da filiação originária dessa técnica de reprodução.

Há uma proximidade jurídica entre parentalidade e a filiação oriunda da reprodução heteróloga com a ligada à *adoção*, visto que ambos constituem modelos de parentesco civil não natural, que não se fundam na relação carnal entre homem e mulher, o que permite uma comparação e possibilidade de extensão das normas relacionadas à adoção para a reprodução assistida heteróloga. Não é exagero afirmar que a tecnologia em genética humana, e especialmente no campo da reprodução assistida, direciona o Direito enquanto ciência normativa da realidade social a traduzir uma das mais significativas mudanças em seu conteúdo civilístico, notadamente no Direito de Família.

Assim, a reprodução assistida, de uma maneira geral, sugere novos modelos de paternidade/maternidade e filiação, os quais por sua vez devem ser analisados por meio dos

princípios do moderno Direito de Família constitucionalizado, como a desbiologização,³⁹⁹ a responsabilidade parental e o melhor interesse da criança.⁴⁰⁰

A reprodução artificial leva-nos a um repensar do conjunto de instituições estruturais do Direito como: família, filiação e direitos sucessórios. Especula-se quais os critérios de decisão mais eficientes na criação de soluções concretas e na difícil análise que envolve os questionamentos de índole jurídica.⁴⁰¹

Ainda há, no Brasil, um assustador vazio legislativo sobre a questão de quem deve ser considerada mãe de uma criança originária das TRHA, sendo possíveis pretensões maternas por parte da doadora do óvulo, da mulher que cedeu o seu útero ou da idealizadora da fecundação, o que torna obsoleto o brocardo latino *mater semper certa est*, adotado tradicionalmente pelo Código Civil.

A fecundação *homóloga* é aquela em que se utilizam apenas os gametas (óvulo e esperma) do casal, sendo o esperma inserido no útero materno; a criança ao nascer terá a informação genética do casal. A reprodução *heteróloga* caracteriza-se pela utilização de gametas de terceiros; a criança aqui gerada terá metade da informação genética do casal, ou nenhuma, caso os dois gametas sejam doados.

Na fecundação homóloga não há dúvidas de que o vínculo jurídico de paternidade-maternidade e filiação é o sanguíneo, independentemente da falta de relação sexual, sendo a paternidade presumida em pessoas casadas por força do art. 1.597, do novo CC. Na reprodução heteróloga, os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e maternidade-filiação são distintos da homóloga, até porque, aqui, apenas um dos cônjuges contribui com seu material fecundante, face à esterilidade do outro.

³⁹⁹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 475.

⁴⁰⁰ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2004, p. 207.

⁴⁰¹ BARBOZA, Heloisa H. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, H. H. *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 79.

Não faz sentido criticar a fecundação heteróloga sob o argumento que esta diminuiria a adoção num país que vive a problemática do menor abandonado. Não se deve deslocar um problema de ordem pública, a incapacidade do Estado brasileiro em reduzir o número excessivo de menores abandonados, para a esfera privada, de foro íntimo.⁴⁰² Sempre existirá o desejo inconsciente ou mesmo consciente de gerar seus próprios filhos, que darão continuidade à descendência genética (“sangue do meu sangue”).

É igualmente questionável afirmar que a fecundação heteróloga induziria, necessariamente, a problemas de índole psicológica para um dos parceiros, por haver participação íntima de terceiros, o doador do esperma ou do óvulo. O desejo de gerar uma criança, com a participação de, pelo menos, um dos membros do casal, normalmente é tão forte que supera a frustração de não poder gerar um filho geneticamente “próprio”.

Na verdade, estes problemas são relativos, como também são diferentes os atores envolvidos nas TRHA, dependendo tudo da bagagem psicológica de cada sujeito envolvido nesse processo; cada ser humano reage de maneira idiossincrática.

Na França, é bastante avançada a orientação psicológica àqueles que se submeterão ao uso da fecundação heteróloga, exercida por grêmios multidisciplinares de orientação genética, ética e psicológica.⁴⁰³ Nas comissões, cada casal solicitante é acompanhado de um psicólogo ou psiquiatra, que examina as suas motivações, bem como o ajuda a refletir sobre a importância do pedido, para que os parceiros encarem esse procedimento de maneira natural e afastem a idéia equivocada de que a futura criança seja um fruto daquilo que não se pode fazer.

⁴⁰² Cf. Leite, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 104.

⁴⁰³ São os Centros de Estudo e Conservação de Óvulos e Esperma Humano (CECOS); cf. *idem*, p. 124.

Insistimos em afirmar que o estabelecimento da paternidade-maternidade e filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga, apesar de encontrar no elemento *vontade* bastante semelhança com a adoção, apresenta algumas diferenças: o trânsito em julgado da sentença concessiva da adoção constitui um novo estado civil dos adotantes e do adotado, o que não ocorre com a reprodução heteróloga, posto que o vínculo aqui constituído é originário a partir do nascimento da criança.⁴⁰⁴

O vínculo constitutivo da parentalidade-filiação das crianças originárias da fecundação heteróloga e a respectiva vontade livremente manifestada é o elemento determinante para que seja atribuída a esse filho a paternidade plena da criança. Assim, a vontade está sendo equiparada ao ato sexual.⁴⁰⁵

Na reprodução heteróloga, a família é constituída originalmente, ainda que sob a forma de parentesco civil em uma das linhas ou em ambas. Dessa forma, “não há sentido em cogitar na atribuição de novo nome à pessoa concebida com assistência médica diante do parentesco civil se estabelecer no momento do seu nascimento, com efeitos retroativos à data da concepção e início da gravidez”.⁴⁰⁶

Com efeito, consumados os atos necessários à realização da fecundação heteróloga, com a concepção, gravidez e nascimento da criança, verifica-se um vínculo originalmente estabelecido, enquanto que na adoção há a colocação de pessoa em família substituta, isto é, um vínculo *derivado*.⁴⁰⁷

Aqui se observa um ponto de congruência entre a filiação originária da técnica de reprodução heteróloga com a filiação advinda de origem sangüínea: ambas constituem

⁴⁰⁴ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 629s., 756ss., 825s.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 840.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 882.

vínculos de filiação originários; a diferença, entretanto, se dá quanto ao elemento constitutivo (fundamental) desse vínculo: na fecundação heteróloga pela vontade livre e manifestada, na filiação clássica pela conjunção carnal.

Pode-se afirmar que, quando o vínculo é originariamente estabelecido, o tratamento jurídico deve ser idêntico à hipótese da reprodução carnal, com a nuance de que na reprodução assistida não houve relação sexual, mas a vontade associada ao êxito do procedimento médico como elemento substitutivo da relação carnal.

A vontade sempre teve um papel relevante no estabelecimento dos vínculos jurídicos da paternidade/maternidade e filiação, dentre eles: o reconhecimento voluntário da paternidade de filho extramatrimonial, a não impugnação da matrimonialidade do filho nascido da esposa nos prazos legais. Nesses exemplos, a vontade se situava em momento posterior à concepção e ao próprio nascimento; em dias atuais, entretanto, a vontade se situa temporalmente num momento anterior à concepção ou nascimento do filho. A vontade é também fator determinante nas adoções (civil ou estatutária); é ela que possibilita a constituição do vínculo de filiação.⁴⁰⁸

Diante disto, há a impossibilidade jurídica de a pessoa revogar a vontade anteriormente manifestada. Isto porque, tal qual o homem que manteve relação sexual com a mulher que veio a engravidar, o homem que manifestou a sua vontade ínsita ao projeto parental com sua esposa ou companheira e acompanhou a concepção e início da gravidez, não poderá retroagir no tempo para desconsiderar a relação sexual tratandose de reprodução carnal ou desconsiderar a vontade na reprodução assistida, tendo em vista os princípios e deveres da boa-fé e do respeito à dignidade humana do cônjuge/companheiro, e principalmente da futura criança.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 920s.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 686s., 691.

⁴⁰⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

Assim, a reprodução heteróloga é irrevogável no que pertine aos vínculos parentais originários tal qual ocorre para a procriação carnal. Neste sentido, devem ser aplicadas as regras da parentalidade-filiação clássica às questões advindas de procriação artificial.⁴¹⁰

Para que a adoção fosse reconhecida como paradigma completo para a constituição dos vínculos referentes à reprodução heteróloga, haveria a necessidade de uma norma específica que determinasse tal equiparação, o que não é o caso no sistema jurídico brasileiro.⁴¹¹

Diante do exposto, pode-se afirmar que o doador do material fecundante será o genitor da criança sob o prisma biológico, mas não poderá ser considerado pai, diante da ausência de qualquer objeto de sua parte de integrar o projeto parental consistente na formação e desenvolvimento da criança a ser concebida.

Como vimos, na reprodução heteróloga consentida pelo marido não é possível impugnação da paternidade: não havendo conjunção carnal, é a vontade elemento determinante do estabelecimento da paternidade-filiação. Esta vontade (qualificada por outros elementos fáticos necessários) está para a paternidade-filiação da reprodução assistida tal como a relação sexual está para a procriação carnal.⁴¹²

Surge, desse modo, a ficção jurídica atinente ao elemento *volitivo* agregado ao projeto parental que, uma vez iniciado com a concepção e o início da gravidez, não pode mais retroagir, da mesma forma que ocorre na reprodução carnal diante da gravidez resultante de relação sexual. Assim, a paternidade que se estabeleceu é *certa* ou “presumida de forma absoluta”.

Enquanto não houver no Brasil um lei específica disciplinando os efeitos jurídicos da filiação originária da reprodução assistida, a construção teórica do modelo de paternidade-maternidade e filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga deverá conjugar aspectos dos outros dois modelos – a adoção e a filiação clássica –, sempre procurando compatibilidade e harmonia, observando-se os princípios e as regras constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis.

⁴¹⁰ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 1014.

⁴¹¹ *Idem*, p. 996. No mesmo sentido: VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e parentalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 158.

⁴¹² GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 703ss.

Em sendo assim, há de se observar as peculiaridades da reprodução *heteróloga*, como a atribuição jurídica da condição de filho à pessoa concebida com material fecundante de outra pessoa, que não seja seu pai e ou mãe, com iguais direitos e deveres aos outros filhos. Quanto ao outro ascendente, que contribui com o seu material genético para a concepção do filho, não há que se aplicar o art. 41, *caput*, do ECA, já que, relativamente a esta norma, o parentesco é *natural*, fundado na consangüinidade.

É possível, portanto, aduzir, para fins de estabelecimento dos vínculos de paternidade-maternidade e filiação, que a reprodução assistida heteróloga deve ser considerada um “terceiro gênero” no sistema jurídico brasileiro, por apresentar claras diferenças quanto aos modelos clássicos de parentalidade (reprodução carnal e adoção).

O Segundo Substitutivo do referido Projeto de Lei trata da matéria da seguinte maneira: a ausência de vínculos parentais entre a criança e os doadores de gametas conduz à constatação da inexistência de direitos e deveres familiares. Os doadores não têm o pátrio poder sobre a futura criança, e, tampouco, qualquer envolvimento nas questões pessoais como guarda e educação, por exemplo. Assim como também não há envolvimento nas questões patrimoniais: administração e usufruto de bens, alimentos e herança. Nem a morte dos pais jurídicos permitirá o estabelecimento de vínculo entre a pessoa concebida e o(s) doador(es) de gameta(s) (art. 16, § 1).

Enfim, no âmbito dos efeitos pessoais da pessoa originada artificialmente é preciso observar os impedimentos matrimoniais, para também serem aplicados à reprodução assistida heteróloga. Aplicam-se, portanto, as regras do art. 41, *caput* do ECA,⁴¹³ e do art. 1.626, *caput*, CC, além do inciso do art. 1.521, II, CC, por força do risco da consangüinidade em futuras uniões.⁴¹⁴ O art. 17 do Segundo Substitutivo reproduz tal entendimento.

No âmbito do art. 41, do ECA, os aspectos pertinentes ao parentesco civil entre o descendente e os novos ascendentes em primeiro grau, bem como a igualdade de direitos e

⁴¹³ “Art. 41- A adoção atribui a condição de filho ao adotado com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

⁴¹⁴ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 895s.

deveres com os outros filhos (naturais), devem ser estendidos à filiação resultante de procriação heteróloga.⁴¹⁵

Diante do estabelecimento dos vínculos paterno-materno-filiais, a reprodução heteróloga confere aos pais a *autoridade parental* (ou o “pátrio poder”), aplicando-se, portanto, todas as disposições constantes da Constituição Federal (art. 226, 227 e 229), do novo Código Civil (arts. 1.566, IV, 1.630 a 1.638) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 20 a 24).

Há, portanto, absoluta igualdade entre os pais, o pai civil (aquele que se submeteu ao projeto parental com sêmen de terceiro) e a mãe natural; ambos exercerão com igualdade de condições a autoridade parental. Ainda que haja separação judicial ou divórcio do casal, ou separação do casal de companheiros, não haverá alteração a respeito da igualdade de condições entre os pais no exercício da autoridade parental.⁴¹⁶

Registre-se que os requisitos formais para a determinação da paternidade/maternidade e filiação oriunda de reprodução assistida não podem ser os mesmos da adoção, na qual a criança mantém laços de parentesco com seus pais naturais (registrada como filho de seus genitores), enquanto que na procriação assistida heteróloga não há sequer concepção ou mesmo gravidez.⁴¹⁷

O Segundo Substitutivo ao Projeto de Lei sobre as TRHA considera como requisito formal a ser exigido para a execução da fecundação heteróloga que ambos os beneficiários

⁴¹⁵ *Idem*, p. 918ss.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 926.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 813ss., 818.

das técnicas forneçam o consentimento livre e esclarecido, devidamente formalizado em instrumento particular adequado, que deve conter alguns esclarecimentos.⁴¹⁸

Encerradas as atividades técnicas reprodutivas, é fundamental que os profissionais responsáveis pelo procedimento médico informem, em caráter sigiloso, ao oficial do registro civil do cartório onde for registrado o nascimento, que a criança resultou da técnica de reprodução heteróloga, fornecendo os dados de identificação do material fecundante. Essas informações deverão ser registradas em livros ou apontamentos reservados pelo oficial responsável, a exemplo da adoção.⁴¹⁹

Requisitos *objetivos* para a realização da fecundação heteróloga são a esterilidade e o risco de transmissão de doenças graves ligadas ao sexo da futura criança, ambos constatáveis por avaliação de especialista.⁴²⁰

4.4.2 A presunção da paternidade e a sua impugnação

Pode-se afirmar que a paternidade é sempre incerta, diante da possibilidade de a mulher ter mantido relações sexuais com mais de um homem. Por isso, o sistema de filiação matrimonial trabalha com uma série de presunções para permitir o imediato estabelecimento da paternidade na pessoa do marido da parturiente (*pater is est nuptiae demonstrant*), inclusive para garantir a proteção do matrimônio adquirido por aquela família.

⁴¹⁸ Cf. o Segundo Substitutivo ao Projeto de Lei n. 90, de 1999, do Senado Federal (Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, aprovado em 20.3.2003). Outros requisitos formais também devem ser observados, a serem aplicados pelos serviços de saúde e profissionais da área; cf. art. 6º, III, e §§ 2º-3º, todos do Segundo Substitutivo.

⁴¹⁹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 820s. Observar-se-á, no que couber, com as devidas adaptações, quanto ao procedimento disposto no art. 47, do ECA, substituindo-se o mandado judicial pela comunicação reservada do médico (ou do centro de saúde) ao oficial do registro civil (cf. art. 6º, §§ 4º-5º).

⁴²⁰ *Idem*, p. 792ss., 807.

Por isso, é uma questão de alta relevância jurídica saber se o pai biológico, isto é, aquele que doou o sêmen, poderia reclamar posteriormente o seu estado de paternidade. Adotando o disposto na Resolução n. 1.358/92, do CFM, o primeiro e o Segundo Substitutivos ao Projeto de Lei sobre as TRHA não permitem que o doador do sêmen possa posteriormente reivindicar a paternidade.⁴²¹

São inexistentes os laços jurídicos de parentesco entre o doador de gameta e a criança, faltando-lhe os requisitos objetivos para a realização das técnicas reprodutivas.⁴²² É descabido admitir o estabelecimento da paternidade relativamente a alguém que nunca manifestou vontade de se tornar pai, assumindo um projeto parental de terceiros.

Referente ao exercício da impugnação de paternidade pelo marido no casamento, Lôbo assevera que

o genitor biológico não tem ação contra o pai socioafetivo, marido da mãe, para impugnar a paternidade. Apenas o pai socioafetivo pode impugnar a paternidade quando a constatação da origem genética diferente da sua provocar a ruptura da relação paternidade-filiação. (...) Por outro ângulo, a contestação da paternidade não pode ser decisão arbitrária do marido, quando declarou no registro que era seu o filho que teve com a mulher, em virtude do princípio *venire contra factum proprium nulli conceditur*. A contestação, nesse caso, terá de estar fundada em hipótese de invalidade dos atos jurídicos, que o direito acolhe, tais como erro, dolo, coação.⁴²³

(...) Para que possa ser impugnada a paternidade independentemente de seu tempo de exercício, terá o marido da mãe que provar não ser o genitor no sentido biológico (exame de DNA) e, por essa razão, não ter sido constituído o estado de filiação de natureza socioafetiva; e, se foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro, dolo ou coação.⁴²⁴

Indaga-se, por outro lado, se o pai jurídico ou socioafetivo, isto é, aquele que acordou com o projeto de uma fertilização heteróloga poderá, posteriormente, impugnar a sua paternidade.

⁴²¹ Art. 17 do Segundo Substitutivo reza: “O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.”

⁴²² Cf. o ENUNCIADO n. 111, aprovado na Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal; disponível em: www.cjf.gov.br/Revista/Enunciados/Enunciados_Main.asp#DIREITO%20DE%20FAM%CDLIA%20E%20SUCESS%D5ES (acesso: dez. 2004).

⁴²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**, vol. XVI: arts. 1.591 a 1.693. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75s.

O novo CC brasileiro, de 2002, em seu art. 1.597,⁴²⁵ introduziu, para além da presunção dos filhos concebidos na constância do casamento (incisos I-II), as presunções de concepção de filho e de paternidade originárias de fecundação homóloga (III-IV). O inciso V estabelece a regra da presunção dos filhos havidos por fertilização *heteróloga*, desde que haja prévia autorização do marido. O consentimento do marido incide em presunção absoluta, o que significa a inadmissibilidade de qualquer contestação ou impugnação.

Lôbo lembra que, a princípio, a concepção do filho por via artificial impede a impugnação da paternidade pelo marido da mãe, salvo se provar que o profissional ou hospital (nas hipóteses dos incisos III-IV) utilizaram sêmen que não foi o do marido, por intermédio do exame de DNA. A presunção de filiação originária da fecundação heteróloga (inciso V) não admite contestação de paternidade, posto que, para a sua realização, se faz necessário autorização expressa.⁴²⁶

O Segundo Substitutivo ao Projeto de Lei brasileiro sobre as TRHA dispõe, em seu art. 4º, que o consentimento livre e esclarecido é fundamental e será obrigatório para ambos os beneficiários das técnicas reprodutivas, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, devendo o esclarecimento ser formalizado em instrumento particular.

⁴²⁴ *Idem*, p. 76.

⁴²⁵ “Art. 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização.” É importante ressaltar que as expressões “fecundação artificial” (III), “concepção artificial” (IV) e “inseminação artificial” (V) deverão ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”; cf. o ENUNCIADO n. 105, aprovado na Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal; disponível em: www.cjf.gov.br/Revista/Enunciados/Enunciados_Main.asp#DIREITO%20DE%20FAM%20CDLIA%20E%20SUCESS%D5ES (acesso: dez. 2004).

Lei Sueca, de 1985 (art. 4º), a mais antiga sobre as TRHA, reconhece à criança o direito à verdade sobre a ascendência biológica, a partir do momento que tenha atingido a maturidade considerada necessária. A revelação da ascendência biológica ou identidade civil dos pais biológicos não estabelece vínculo jurídico de paternidade-filiação entre o doador do sêmen e a pessoa concebida pela fecundação heteróloga.⁴²⁷

O Código Civil português, no seu art. 1.839, n. 3, determina que “não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em fecundação artificial ao cônjuge que nela consentiu”.

Em vinte e nove Estados norte-americanos, a lei dispõe que o marido, que consentiu na fecundação de sua mulher, é o pai legal e não pode negar a paternidade em virtude do consentimento estabelecido.⁴²⁸ Os tribunais dos EUA, por sua vez, entendem que o consentimento do marido faz com que ele assuma a paternidade.

No Canadá, a posição adotada é a mesma, considerando o marido como pai “numa dimensão social cheia de significados”.⁴²⁹ Nessa linha, o ato sexual, na fecundação heteróloga, foi totalmente substituído pelo consentimento expresso do marido. Na Grã-Bretanha exige-se o consentimento expresso.⁴³⁰ Na França, o casal deve anuir perante um magistrado, que os ouvirá separadamente e informará os efeitos jurídicos decorrentes do consentimento.

⁴²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: vol. XVI: arts. 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 77s.

⁴²⁷ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p.299.

⁴²⁸ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 287ss.

⁴²⁹ OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 346, 357.

⁴³⁰ DIAS, João Álvares. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 35ss.

A Lei Alemã, de 1989, exige o consentimento expresso do marido na presença do notário, que leva à perda de seu direito de contestar a legitimidade da criança concebida.⁴³¹ É obrigatória a conservação dos dados sobre o doador de sêmen nos centros autorizados de reprodução, para que a criança tenha, no futuro, a possibilidade de conhecer seus pais genéticos, na base do seu direito à identidade genética.

A Lei n. 35/1988 espanhola proíbe a impugnação de paternidade pelo marido, se este consentiu na inseminação heteróloga (art. 8, n. 1). E, no caso do companheirismo, o consentimento é meio de prova suficiente para determinar a filiação extramatrimonial.⁴³²

Face ao vazio legislativo sobre a matéria, surgem os questionamentos de ordem moral, no tocante a um possível arrependimento do marido ou mesmo do casal após a fecundação artificial, que poderia levar até a um aborto, um infanticídio ou abandono da criança.

Não é defensável a posterior negação de paternidade do filho que foi criado artificialmente, a partir do projeto parental do casal. É preciso que a futura lei brasileira requeira um consentimento irrevogável dos cônjuges que venham a utilizar-se das TRHA nessas hipóteses. A impugnação da paternidade ou maternidade da fecundação heteróloga consentida é moralmente repugnante, uma vez que houve deliberação em comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer.

Os princípios da boa-fé e do respeito da dignidade humana do cônjuge e da futura criança vão no sentido do veto à impugnação da paternidade da criança originária da reprodução assistida.⁴³³ Assim, os Códigos Civis da Suíça e da Holanda proíbem a impugnação de paternidade se o marido consentiu na fecundação artificial.

⁴³¹ O § 1.600, IV, do BGB alemão, exclui a possibilidade da impugnação da paternidade ou maternidade por parte de casais que consentiram numa fecundação artificial heteróloga, mediante esperma de terceiro.

⁴³² FÁBREGA RUIZ, Cristóbal F. **Biología y filiación**. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 55ss.

⁴³³ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 839ss.

4.4.3 A identidade pessoal (absoluta e relativa) como direito fundamental da personalidade

A doutrina civilista compreende que a pessoa humana desfruta de vários direitos, que se vinculam à proteção de valores básicos do ser humano, tanto no campo individual quanto social: são os chamados “direitos da personalidade”.

No Brasil, a *identidade* deve ser considerada um direito fundamental da pessoa humana, inserido no âmbito dos direitos morais da personalidade, posto que representa o nexo entre a pessoa e a sociedade.⁴³⁴ O direito à identidade pessoal abrange também a integridade físico-psíquica da pessoa, sua honra objetiva e subjetiva, sua identidade sexual e familiar, sua identidade cultural, política e religiosa.⁴³⁵

Os autores portugueses fornecem valiosos esclarecimentos sobre a temática da identidade pessoal e genética, utilizando-se de argumentos de ordem constitucionais que induzem ao não sigilo dos doadores dos gametas, em nome da verdade biológica e do direito individual de cada ser humano de conhecer sua história pessoal e a origem genética. Nesse sentido, colocam-se duas dimensões do direito à identidade pessoal: a dimensão *absoluta*, que serve de fundamento para proibição da clonagem humana, e a *relativa*, como fundamento para proibir o anonimato dos doadores do material genético no tocante às TRHA.

Segundo Otero, o direito à identidade pessoal em sua dimensão absoluta desdobra-se na aceitação de uma dimensão absoluta inerente ao ser humano, que torna cada indivíduo um ser único, original, sem cópia, irrepetível e insubstituível, que, apesar de sua

⁴³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 120.

⁴³⁵ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 904ss.

igualdade com todos os demais de sua condição humana e inerente dignidade, é dotado de uma irrepetibilidade natural.⁴³⁶

Pode-se afirmar até que existe uma regra imperativa de Direito Internacional de não aceitação da clonagem de seres humanos, sendo que numerosos documentos internacionais vedam tal procedimento científico. Assim, a Declaração da UNESCO sobre o Genoma Humano considera, em seu, a clonagem humana como prática contrária à dignidade humana (art. 11). O protocolo adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano, de 1997, quanto às aplicações da Biologia e da Medicina, proibindo a clonagem de seres humanos (art. 1º, n. 1).

A identidade pessoal do ser humano, em sua dimensão *relativa* ou *relacional*, compreende tudo aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular, seja a sua história genética (dados biologicamente genéticos), seja a sua história pessoal (dados sociais, identidade civil de ascendentes e descendentes).

Diferentemente da situação brasileira, a Constituição portuguesa consagrou, como uma das primeiras da Europa, expressamente o direito à identidade genética, no seu art. 26.3, introduzido pela revisão constitucional, de 1997, que reza: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

Otero afirma que a garantia constitucional da identidade genética do ser humano conduz, necessariamente, ao princípio da verdade biológica.⁴³⁷ Entretanto, pode-se afirmar

⁴³⁶ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 65ss.

⁴³⁷ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 90. Apesar dessa norma, o Projeto de Lei português n. 135 VII (de ago. 1997), sobre a utilização de TRHA, optou pelo anonimato do doador.

que a filiação significa, na verdade, mais do que uma realidade biológica, isto é, uma realidade social, afetiva e cultural.

Nessa senda, autores espanhóis falam de uma realidade social, vital ou sociológica, distinta da biológica e baseada, mais do que nos dados genéticos, na vontade e na responsabilidade.⁴³⁸ Barbas elenca alguns argumentos pró e contra o anonimato da doação⁴³⁹ e sublinha a necessidade de criar, em nível constitucional, um “direito à paternidade real”, que daria a todo ser humano o direito de saber quem é o seu pai e a sua mãe biológicos. Para a autora portuguesa, “o segredo em relação ao doador está em manifesta contradição com o dispositivo na primeira parte do citado art. 26 da Constituição da República Portuguesa que reconhece a todos o ‘direito à identidade pessoal’.”⁴⁴⁰

O direito ao conhecimento da identidade dos progenitores é assunto pouco pacífico em nível internacional. A União Europeia (UE – na época, CEE), em 1982, publicou o Projeto de Recomendação sobre a Fecundação Artificial nos Seres Humanos, que perfilhou a tese do anonimato. O Parlamento Europeu, por sua vez, na Resolução de março de 1989,

⁴³⁸ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal F. **Biología y filiación**. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 84.

⁴³⁹ BARBAS, Stela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 170ss. Os argumentos *favoráveis* ao anonimato são: a) ele garante o valor da defesa da intimidade da vida privada; b) promove um eventual bem-estar da criança, evitando traumas resultantes da descoberta de uma outra pessoa na sua criação; c) é uma forma de encorajar a doação, por “desresponsabilizar” a paternidade do doador anônimo; d) é uma garantia para os pais sociais da impossibilidade de o doador anônimo reclamar qualquer direito sobre seu filho biológico; e) a revelação de certos elementos sobre a origem biológica da criança pode fazer com que doadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais; f) o conhecimento do doador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada. Os argumentos *contra o anonimato* dos doadores são: a) ele posterga o direito da criança ao conhecimento de seu patrimônio genético, colidindo com o direito de conhecer suas origens biológicas, expressão do direito fundamental à identidade pessoal; b) ele condiciona o estabelecimento da filiação, ofendendo o direito essencial à identidade da pessoa e subalternizando-o a um discutível direito dos inférteis a terem um filho; c) ele pode ser fonte de incestos e de impedimentos dirimentes ao casamento; d) ele não procura definir, em alguns casos, a forma de transmissão hereditária de certas doenças; e) ele implica a despersonalização do processo reprodutivo, colidindo com o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo: assegurando o anonimato do doador, negar-se-ia à criança uma parte de sua história e sua própria identidade.

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 172.

sobre fecundação artificial *in vivo e in vitro*, proibiu o desconhecimento da paternidade do doador.

A Lei norueguesa n. 68/1987, relativa à fecundação artificial, consagra o princípio do anonimato do doador, igualmente a Lei espanhola n. 35/1988 sobre as TRHA.⁴⁴¹ Na França, a Lei n. 94/653, que trata do respeito ao corpo humano, proíbe qualquer informação que identifique o doador.

Na Suíça, o art. 24, introduzido na Constituição desse país por referendo popular, determina a proibição de se esconder aos interessados a identidade de seus progenitores (exceto nos casos em que a lei expressamente o previsse). A Lei sueca n. 1140/1984, sobre inseminação artificial, proíbe o anonimato do doador e permite a investigação de paternidade.

Em 1975, o Reino Unido reconheceu o direito de o adotado maior de 18 anos consultar o registro civil para conhecer a identidade dos progenitores, através do *Children Act*, art. 26, n.1, e o *Adoption Act* (1976), art. 56.⁴⁴² Em 1990, a Lei de Fecundação e de Embriologia Humana desse país optou pelo anonimato dos doadores, assegurando-se ao adulto a obtenção de certas informações sobre a forma de sua concepção, sem que haja a divulgação da identidade do doador (art. 31, alíneas 3-5).

A ordem jurídica da Alemanha está a favor da tese de que todo indivíduo deve ter o direito de conhecer a identidade do doador do esperma que lhe deu origem. O Relatório Benda defende-o como um direito constitucional a ser exercido a partir dos dezesseis anos de idade.

Assim, o direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, para que cada um possa saber como foi gerado, a identidade civil de seus progenitores e conhecer o seu patrimônio genético, o que pode ser essencial para a prevenção e mesmo

⁴⁴¹ *Idem*, p. 168.

cura de doenças hereditárias.⁴⁴³ É correta a afirmação de que “a bagagem genética é hoje parte da identidade da pessoa”.⁴⁴⁴ Visto assim, a fórmula *identidade genética* compreenderia também o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.⁴⁴⁵

Em suma, prevalece entre os autores brasileiros o entendimento de que a classificação da identidade pessoal em *absoluta* e *relativa* nos moldes portugueses seja adotada também pelo sistema jurídico nacional, visto que “reconhecer o direito à identidade genética da criança, do adolescente e do adulto, na importa idade, sexo, cor, credo, significa não só franquear-lhes o direito à vida, à saúde, à paternidade, mas também a sua história pessoal”.⁴⁴⁶

4.4.4 O sigilo do doador nos recentes projetos de Lei sobre as TRHA

O Projeto de Lei n. 90/99, sobre a Reprodução Assistida no Brasil, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, assegurou, em seu art. 4, II, o acesso ao conhecimento da verdade biológica, determinando a conservação pelo prazo de vinte e cinco anos, do registro e de todas as informações relativas aos doadores. Em seu art. 6º, § 2, assevera que

apenas a criança terá acesso diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer informações solicitadas.

Ao mesmo tempo, diz o art. 12 do Projeto original que

⁴⁴² *Idem*, p. 169.

⁴⁴³ ALARCÓN, Pietro de J. L. **Patrimônio genético humano**. São Paulo: Método, 2004, p. 71s.

⁴⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em Direito brasileiro. *In*: LEITE, Eduardo de O (org.). **Grandes temas da atualidade: DNA**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 45.

⁴⁴⁵ LOUREIRO, João C. Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In*: **Portugal Brasil Ano 2000: Tema Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 376.

⁴⁴⁶ BARBOZA, Heloisa H. Direito à identidade genética. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2002, p. 387. No mesmo sentido GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 901ss.

a criança gerada a partir de gameta ou de embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais. (Destques nossos.)

Assim, eliminou-se a regra do anonimato do doador em favor da verdade biológica.

Em 2000, a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, do Senado Federal, aprovou o Primeiro Substitutivo do Senador Rubens Requião, que resgatou a regra do anonimato, determinando, no seu art. 9, que “os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida estão obrigados a zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado”.

O art. 10 admite excepcionalmente a quebra desse sigilo, obrigando o estabelecimento responsável a fornecer as informações relativas ao doador para o médico solicitante “quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde” (§ 1º). O § 2º ressalta que “no caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.”

Essa linha foi abandonada pelo Segundo Substitutivo à Lei sobre as TRHA, de autoria do Senador Tião Viana e aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais, do Senado Federal, em reunião no dia 8.5.2002. O seu art. 9, § 1, determina que seja revelada não apenas a origem genética da criança concebida artificialmente, mas, inclusive, a *identidade civil* do doador. Destarte, rompeu-se (de novo) com o sigilo ou anonimato do doador.

Após de acirradas discussões sobre o tema, a referida Comissão do Senado, em 20.3.2003, chegou a optar pelo sigilo no procedimento médico e pelo sigilo do doador enquanto regra, admitindo-se, entretanto, a quebra desse sigilo não apenas para se ter acesso às informações genéticas, mas, inclusive, acesso à identidade civil do doador.

A redação final do referido art. 9º, § 1º, prescreve que

a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste

sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

4.4.5 O direito à identidade pessoal e sua ponderação no sistema constitucional brasileiro

Remetendo a questão para um conflito de normas constitucionais, têm-se, de um lado, o direito fundamental à identidade genética enquanto espécie da identidade pessoal do ser humano concebido artificialmente, e, de outro, o direito fundamental à intimidade do doador de gametas. Enquanto aquele prima pela não proibição do anonimato dos doadores, valorizando a verdade biológica, este opta pela defesa da intimidade e privacidade daquele que doou o esperma.

Tratando-se de duas normas constitucionais com idêntica hierarquia e força vinculativa, caberá ao julgador ponderar e harmonizar os conflitos constitucionais em jogo, de acordo com o caso concreto, a ele apresentado, recorrendo inclusive ao princípio da proporcionalidade.

Trata-se de *colisão* de direitos fundamentais, exemplos típicos de “casos difíceis” (Dworkin) ou duvidosos, que se caracterizam por situações complexas e de refinada técnica de decisão. Em tal colisão, não ocorre a aplicação restrita dos métodos clássicos de interpretação, exigindo-se a utilização de princípios específicos da nova hermenêutica constitucional, dentre eles a aplicação do princípio da proporcionalidade.⁴⁴⁷

Gama enfatiza a importância da informação sobre a ascendência, para compreensão da própria existência. O conhecimento da verdade sobre sua origem biológica, para ele, é direito fundamental que integra o conjunto de direitos da personalidade humana, sendo

⁴⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356ss.

possível que o direito à intimidade do doador ceda em favor do direito à identidade pessoal e genética da pessoa concebida artificialmente.⁴⁴⁸

Nessa linha, ganha importância também o argumento de que algumas doenças podem ser prevenidas e mesmo tratadas somente quando conhecida a origem genética do paciente, o que faz com que o direito à intimidade do doador deva ceder sempre quando colocado em confronto com os direitos fundamentais à vida e à saúde (higidez físico-corporal) da pessoa que foi gerada pela técnica de reprodução heteróloga.⁴⁴⁹

Em termos jurisprudenciais, não há, até o momento, um caso concreto que envolva conflito dos direitos fundamentais supracitados, até porque a formação dessas famílias oriundas das TRHA é considerada recente no Brasil. Entretanto, a jurisprudência brasileira já teve oportunidade de abordar a questão da identidade pessoal, enquanto direito fundamental, contraposto ao direito à integridade físico-corporal, tendo prevalecido este último.⁴⁵⁰

Parte da doutrina nacional optou pelo sigilo ou anonimato dos doadores, tendo em vista não apenas o direito à intimidade e privacidade do doador, mas, sobretudo, o bem-estar emocional e psíquico da criança, que poderá ressentir-se com tal revelação,

⁴⁴⁸ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 909s.

⁴⁴⁹ *Idem*, p. 906.

⁴⁵⁰ Cf. MORAES, M. Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. In: BARRETTO, Vicente de P. (org). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 169ss. A decisão do STF no *habeas corpus* n. 71.373-4-RS, em nov. 1994, tratava de decidir se o Judiciário, em ação de investigação de paternidade, podia obrigar o suposto pai a ofertar material para o exame de DNA. A 8ª Câmara Cível do TJRS havia decidido que, recusando a comparecer, o suposto pai deveria ser conduzido “debaixo de vara” para a coleta de sangue. Contudo, o Pleno do STF deu prevalência ao direito fundamental de integridade físico-corporal do pai. O Min. Francisco Rezek, em voto vencido, ponderou os direitos fundamentais em jogo, concluindo que “o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim que a certeza da prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado”. O Min. Carlos Velloso referiu-se ao maior interesse que deveria ser reconhecido, “o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai biológico”.

prejudicando a sua “absorção integral” pela família.⁴⁵¹ De qualquer maneira, deverá sempre prevalecer o já mencionado princípio do “melhor interesse da criança”.

Para aqueles que admitem a quebra do anonimato do doador, a partir da maioridade civil da criança, o remédio constitucional propício para que a pessoa tenha acesso legal às suas origens, seja genética ou civil, seria o *habeas data*, caso haja proibição dos bancos ou clínicas de fertilização artificial. O referido remédio, ao contrário do *habeas corpus* e do mandado de segurança, não se restringe à Administração Pública, mas também atinge casas de saúde, bancos de sêmen e de embriões, e, especialmente, os profissionais responsáveis pelo procedimento médico no uso das TRHA,⁴⁵² para que seja assegurado o direito à identidade pessoal.

O anonimato prosseguirá existindo, mas não é oponível à pessoa que foi concebida com sêmen do doador. Tal conhecimento não modifica em nada as relações jurídico-familiares da pessoa com seus pais no âmbito do parentesco civil.⁴⁵³ Entretanto, é de se ponderar que a revelação da identidade civil poderá implicar uma ofensa à integridade psíquica do indivíduo, de modo a afetar a sua saúde mental e seu equilíbrio emocional.

A maioridade civil, por si só, não garante que o indivíduo estará isento de profundos questionamentos de ordem afetiva e emocional. Tendo em vista a devida consideração da pessoa humana e de sua dignidade, e, neste caso, do indivíduo gerado artificialmente, é de se questionar se acertada a opção legislativa no tocante à quebra do anonimato do doador de gametas, com a revelação, inclusive, de sua identidade civil.

⁴⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 415.

⁴⁵² GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 913ss. A jurisprudência do TJSP já admitiu o *habeas data* contra pessoa jurídica de Direito Privado, permitindo o acesso do indivíduo às informações a respeito de débitos, para resguardo de seu patrimônio. Com mais razão ainda deveriam ser revelados, via *habeas data*, dados sobre a identidade pessoal.

⁴⁵³ *Idem*, p. 913s., 916.

Gama critica com razão que a última versão do Segundo Substitutivo ao Projeto de Lei sobre as TRHA peca por não levar em consideração o princípio do bem-estar emocional da criança e do adolescente, ao permitir a qualquer tempo o acesso direto às informações que o gerou. Segundo a sua linha de raciocínio, bastaria que o Segundo Substitutivo fosse alterado, substituindo a palavra *a qualquer tempo* pelo termo *a partir de sua maioridade civil*.⁴⁵⁴

Ainda que um determinado indivíduo seja criado em um ambiente familiar bem estruturado, que permitisse o seu pleno desenvolvimento emocional e todas as suas potencialidades enquanto pessoa humana, haverá, em muitos casos, o sentimento de curiosidade do filho em conhecer a identidade civil do seu pai biológico, com o objetivo de avaliar e comparar às características físicas, emocionais, intelectuais, até mesmo como justificativa psicológica para se compreender e aceitar realmente quem ele é.

Diniz considera a integridade psíquica e incolumidade mental da pessoa um dos direitos fundamentais à personalidade, que impõe a todos o dever de respeitar a estrutura física da pessoa, a sua mente, as suas convicções políticas, religiosas, sociais, pessoais e filosóficas, inclusive àquilo que ela própria pensa de si mesma (suas características físicas, psicoemocionais), sob pena de responsabilidade penal e civil.

Desta forma, o direito à identidade pessoal do indivíduo, em sua dimensão relativa, isto é, no tocante ao direito à sua história pessoal, colide com outro direito seu de personalidade, o da sua *integridade psíquica*. Para a autora, a revelação da identidade civil do doador em nada acrescenta ao relacionamento familiar constituído pela técnica de

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 917.

reprodução, através do qual está em curso uma estrutura familiar sadia e propícia ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.⁴⁵⁵

Com efeito, o direito à identidade pessoal diz respeito a um direito à historicidade pessoal de cada pessoa de conhecer a sua história pessoal e a de seus antepassados, questão diferente, entretanto, de até que ponto esse conhecimento seria psicologicamente satisfatório. O bônus de saber a verdade sobre sua história pessoal também implica o ônus de aceitá-la.

Na verdade, por mais que se insista que a revelação da identidade civil não abalaria o vínculo de parentesco estabelecido entre a pessoa gerada artificialmente e seus pais, o fato é que a temática não se encerra na simples avaliação jurídica, muito pelo contrário, requer ponderações éticas, psicológicas e sociais acerca da responsabilidade em se causar qualquer tipo de agressão à saúde mental de outrem.

Na Alemanha, o legislador também ainda não regulamentou as conseqüências jurídicas das TRHA, incluindo-se a matéria do sigilo do doador de esperma. Lá, o acesso do filho gerado mediante fertilização heteróloga à identidade civil do seu pai biológico leva à viabilização de pretensões jurídicas referentes a alimentos e à sucessão hereditária.

Este resultado não satisfaz, visto que o doador normalmente confia na manutenção do segredo da sua identidade e jamais cometeria aquele ato altruístico se soubesse que um dia poderia ser alvo de reivindicações patrimoniais. Além disso, a doutrina dominante daquele país afirma a existência de um direito do filho ao conhecimento da sua ascendência, baseado no seu “direito fundamental de personalidade”, o que significa que os

⁴⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 161ss.

bancos de esperma e/ou médicos teriam o dever de guardar os dados do doador – inclusive da identidade civil – e dar conhecimento ao filho, a pedido deste.⁴⁵⁶

Canaris critica esta posição por não respeitar, de forma suficiente, o “direito à auto-determinação informativa” do doador e sublinha que esta solução seria incompatível com a exigência da própria Corte Constitucional alemã de “perspectivar as posições de direitos fundamentais conflitantes no seu funcionamento recíproco e de as limitar de tal forma que possam ser, tanto quanto possível, eficazes para todos os intervenientes”.⁴⁵⁷ Nessa linha, afirma que um acesso do filho à identidade do seu pai biológico somente seria admissível caso o legislador eliminasse qualquer tipo de pretensão jurídica de natureza patrimonial entre os dois.

No Brasil, o Segundo Substitutivo do projeto de lei sobre as TRHA dispõe, no seu art. 17:

O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

Abstraindo-se da questão do perigo de pretensões financeiras por parte do filho, ainda resta o interesse do doador de não ter a sua vida familiar perturbada pela revelação do fato de ser pai de pessoa(s) completamente desconhecida(s) até então.

Uma vez estabelecido o contato entre pai biológico e filho, ninguém poderá prever em que forma esta “relação” poderia caminhar, sendo sempre possível o exercício de “pressões morais” por ambas as partes. Assim, por exemplo, o filho poderia alegar uma “obrigação moral” do pai de proporcionar a ele o mesmo padrão de vida; já o pai poderia

⁴⁵⁶ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 99.

exigir do filho que este mantivesse com ele “contato social”, afastando-o do seu pai afetivo etc.

Este interesse na manutenção do anonimato poderia ser desconsiderado somente a partir do momento em que fosse exigida uma declaração formal de concordância do doador e de seu cônjuge (parceiro), com a possível revelação de sua identidade, como prevê o art. 4º, §§ 1º-2º, do Segundo Substitutivo do projeto de lei sobre as TRHA.

Na busca de uma solução legal adequada, é interessante também uma decisão da Corte Constitucional alemã, que confirmou o direito da mãe de recusar a informação sobre a pessoa do pai biológico do seu filho, nos casos que existirem interesses na manutenção do segredo, por exemplo, por parte dos antigos parceiros sexuais dela no período da concepção, os quais, depois, estabeleceram casamentos intactos, que seriam postos em risco com a revelação dessas relações.

Nesse caso, afirmou-se que deve haver uma “ponderação individual” no plano do próprio Direito de Família, e não somente no plano constitucional, o que significa que o próprio juiz civil deve analisar e sopesar os interesses envolvidos em cada caso concreto.⁴⁵⁸ Canaris afirma que esta “ponderação individual de interesses” caberia, com mais razão ainda, no caso da análise da revelação da identidade civil do doador de esperma, para que seja possibilitada uma solução “intermédia”, no sentido da concorrência prática, pela qual os interesses de ambas as partes sejam respeitados.⁴⁵⁹

Dentro dessa linha de raciocínio, seria recomendável que a futura lei brasileira sobre as TRHA não preveja somente a possibilidade da quebra do sigilo do doador por

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 91ss.

⁴⁵⁹ *Idem*, p. 98s.

parte do filho,⁴⁶⁰ mas também incluía uma ressalva no sentido de que a informação da identidade civil do pai biológico pode ser negada nos casos em que existir um “especial interesse” por parte do doador na manutenção do anonimato. Os fatos que consubstanciarão este interesse terão que ser expostos por parte do doador.

Por fim, o acesso do filho à identidade do pai biológico não deveria ser possível “a qualquer tempo”, mas somente a partir dos dezesseis anos de idade, quando o jovem normalmente já chegou a uma certa maturidade psicológica, para que ele possa lidar mentalmente com as informações sobre o seu genitor biológico.

4.4.6 Direito à identidade genética e direito à filiação: distinções

Há autores que alegam que o direito fundamental à informação genética encontraria arrimo no direito à filiação e que o princípio da verdade biológica levaria, necessariamente, à proibição do anonimato na futura legislação das TRHA.⁴⁶¹

A Convenção dos Direitos da Criança da ONU, de 1989, consagrou o interesse da criança em ver estabelecida a sua filiação, rezando, em seu art. 7º, que “a criança é registrada logo após o seu nascimento e tem desde então o direito a um nome, o direito a uma nacionalidade, e, na medida do possível, o direito de conhecer seus pais e ser educada por eles”. Tendo esta norma internacional força de lei no Brasil (Decreto Legislativo n. 28, de 24.9.1990), o direito à filiação é considerado fundamental e está vinculado ao Direito de Família, não se confundindo com o direito à origem genética enquanto direito subjetivo da personalidade.

O estado de filiação é elemento essencial para atribuição da maternidade e paternidade, determinando o ECA que “o reconhecimento do estado de filiação é direito

⁴⁶⁰ O Segundo Substitutivo do Projeto de Lei sobre as TRHA dispõe: “A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça” (art. 9, § 1º).

⁴⁶¹ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: LTr, 2002, p. 317ss.

personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição” (art. 27).

Na mesma linha, Lôbo destaca que “o estado de filiação deriva da comunhão de afeto que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consangüíneos. Não se deve confundir o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não.”⁴⁶² Por isso, há um claro distanciamento entre a função de pai e de mero ascendente biológico. Na busca da identidade genética, há apenas a procura pelo procriador ou genitor,⁴⁶³ que em nada altera o vínculo de paternidade já estabelecido anteriormente.

É a partir dos direitos da personalidade que pode ser investigada a ascendência genética.⁴⁶⁴ A Corte Constitucional Alemã, em 1994, decidiu pela preservação do direito ao conhecimento da própria ascendência sem que com isso houvesse uma modificação nos efeitos sobre a relação de parentesco, compreendendo o direito ao conhecimento da própria ascendência como dimensão juridicamente autônoma e distinta do âmbito do reconhecimento judicial da paternidade.⁴⁶⁵

Essa construção jurídica não é tão diferente do posicionamento jurisprudencial brasileiro no tocante à adoção. Em acórdão inédito, o STJ decidiu que uma pessoa já vinculada juridicamente a outra pela adoção poderia investigar a sua paternidade com base

⁴⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: art. 1.591 a 1.693**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55ss.

⁴⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade humana. **Rev. Brasileira de Direito de Família**, n. 1, São Paulo, abr./maio 1999, p. 70ss. “Em nenhum momento a Constituição subordina a família à função procriacional (...). O afeto, como demonstram a experiência e as ciências psicológicas, não é fruto da origem biológica. (...) Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família.”

⁴⁶⁴ VILLELA, João Batista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. **Rev. Brasileira de Direito de Família**, n. 2, São Paulo, jul./set. 1999, p. 141.

⁴⁶⁵ Cf. ALMEIDA, M. Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 423.

nos dados biológicos. A ação era declaratória de paternidade, entretanto, não interferiria no *status* de filho do investigante, o qual continuaria a ser filho jurídico dos pais adotivos.⁴⁶⁶

Decidiu-se também o conhecimento da origem genética que incluía a descoberta da identidade civil do pai biológico, sem, contudo, alterar os vínculos parentais, e, portanto, não ensejando a substituição do pai sócio-afetivo pelo genitor, tratando-se de adoção. A decisão merece destaque, porque identifica a existência de dois direitos fundamentais que, na verdade, não “colidem”: o direito ao conhecimento da identidade genética e o direito à identidade familiar, que permanece inalterada.

No entanto, não há lei brasileira que proíba a mesma ação para o filho nascido por fecundação artificial heteróloga. Ainda que seja considerável a aplicação do direito ao conhecimento da identidade genética à fecundação artificial, haveria o obstáculo da não obrigatoriedade da prova biológica do vínculo, que ocorre mediante o exame de DNA.⁴⁶⁷

No tangente à especialidade da fecundação artificial *heteróloga*, o anonimato do doador pode ser quebrado, assim como o anonimato do pai biológico na adoção por *ação de estado*, que garanta ao filho o direito à personalidade e ao conhecimento da sua origem genética, para poder verificar doenças hereditárias e evitar impedimentos matrimoniais.

Lôbo lembra que

o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem em arquivos da instituição que os armazenou, para fins de direitos da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade.

⁴⁶⁶ STJ, Resp. n. 127.541/ RS, 3. Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 10.4. 2000; *vide* VENCELAU, Rose Melo. *Status* de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. *In*: MORAES, M. Celina Bodin de *et alii* (orgs.). **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 392.

⁴⁶⁷ VENCELAU, Rose Melo. *Status* de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. *In*: MORAES, M. Celina Bodin de *et alii* (orgs.). **Diálogos sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 395. Todavia, segundo os arts. 231 e 232, do novo CC, a negativa do suposto pai em realizar o exame de DNA, irá dar subsídios para que se entenda pela sua paternidade (cf. o julgado do STJ - Resp. n. 141.689/AM, 3. Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 8.6.2000).

Consequentemente é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim.⁴⁶⁸

Defende-se a inexistência de vínculos parentais entre o doador e a criança gerada a partir do seu sêmen, sendo a paternidade atribuída àquele que planejou o nascimento do filho com a ajuda da reprodução assistida.⁴⁶⁹ Não cabe ao filho originário da técnica reprodutiva, ou mesmo ao adotivo, contestar a paternidade socioafetiva, isto é, impugnar o vínculo jurídico pré-estabelecido.

Ao gerado artificialmente e ao adotado seria dado o direito apenas de acesso às informações sobre os seus genes, cuja garantia se encontra no direito à informação genética. Significa dizer que, em ação própria, não se busca o estado de filho – por intermédio de ação de investigação de paternidade –, mas, sim, o direito ao conhecimento de sua origem genética, entendida apenas como dados genéticos necessários para evitar ou tratar de doenças hereditárias e para se impedir os casos de incesto, não há outra prova que substitua o exame de DNA.

Até o presente momento, não há norma coatora que imponha ao investigado a submissão ao referido exame, o que inviabiliza o exercício ao direito de se conhecer a origem genética de alguém. E ainda, prejudica a ação de investigação de paternidade a fim de se obter o estado de filiação.⁴⁷⁰

Nesse contexto, Lôbo lembra que países como a França não aceitam a imposição do exame do DNA sem consentimento da parte, considerando-se ilícita a prova obtida compulsoriamente. Na Alemanha, onde é aceito o direito ao conhecimento da origem

⁴⁶⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 525s. Este fato torna duvidosa a utilidade do Projeto de Lei n. 64, de 1999, que pretende incluir no art. 27, ECA, o dispositivo: “A recusa do réu em ação de investigação de paternidade a submeter-se a exame de material genético - DNA, se pedido pelo autor, importa em admissão de paternidade”; cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*: PEREIRA, Rodrigo da C. (coord.). **A família na travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 247.

⁴⁶⁹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 885.

⁴⁷⁰ Cf. decisão do STF - HC71.373-4/RS, Tribunal Pleno, Rel. do acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94.

genética, não há consenso quanto à prova compulsória para fins de investigação de paternidade, decidindo-se a causa normalmente contra quem a recusou.⁴⁷¹

É dado o direito à pessoa gerada artificialmente ingressar com ação de estado para assegurar o seu direito da personalidade ao conhecimento da origem genética, sem que isso altere a filiação já estabelecida.⁴⁷² Ao mesmo tempo, não caberia ao filho o direito de ingressar com ação para contestar a paternidade originária de reprodução heteróloga, sendo esta privativa do marido da mãe, assim como ocorre nos casos de reprodução natural. Uma vez estabelecido o vínculo com todas as formalidades legais e não havendo vícios, não há como quebrar essa relação de parentesco.

4.5 A filiação originária da fecundação homóloga *post-mortem*

As dificuldades do aplicador do Direito são também as dificuldades do criador do Direito que ainda não se manifestou, por exemplo, sobre as conseqüências sucessórias de uma fecundação artificial *post-mortem*.

Pode-se argumentar que é perfeitamente válida a vontade inequívoca do marido de querer dar à esposa, mesmo depois de sua morte, o poder de conceber um filho, através do esperma depositado e congelado durante sua vida. Por outro lado, se questiona, do ponto de vista psicológico, o porquê de se gerar um filho de um pai morto, senão o desejo de perpetuar o falecido nessa criança, que, desde o início, seria privada do direito de ter dois pais. Deve ser lembrado também que a permissão incondicional da fecundação artificial *post-mortem* implicaria, necessariamente, a possibilidade de mulheres viúvas perseguirem fins econômicos, querendo “fabricar” possíveis herdeiros.⁴⁷³

⁴⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. O exame de DNA e o princípio da dignidade humana. **Rev. Brasileira de Direito de Família**, n. 1, São Paulo, abr./jun. 1999, p. 72.

⁴⁷² BARROSO, Sônia B. Soares. **Famílias monoparentais: aspectos polêmicos**. In: TEPEDINO, G. (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 558ss.

⁴⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 235, 246.

Barbas esclarece que a admissão da fecundação *post-mortem* exige a fixação de limites temporais dentro dos quais se poderá realizá-la, bem como a correlativa modificação das normas de Direito das sucessões. Caso contrário, a criança nascida para além do prazo de trezentos dias a contar da dissolução do casamento (por morte) teria laços de filiação somente com a mãe, não tendo quaisquer direitos sucessórios em relação ao pai.⁴⁷⁴

O Projeto de Lei português n. 135/VII proíbe terminantemente a fecundação *in vitro post-mortem*, vetando a fecundação da mulher com o esperma do marido ou da pessoa com quem ela viva de fato, mesmo que o falecido tenha consentido. Determina ainda que, mesmo que se da violação desta proibição resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filho do falecido.⁴⁷⁵

A doutrina portuguesa faz referência expressa ao direito da criança de nascer numa estrutura familiar biparental, que lhe possibilite a formação de sua identidade na base das imagens do masculino e do feminino, o que efetivamente levaria à exclusão de mulheres solteiras e homossexuais do uso das TRHA.⁴⁷⁶

Proíbem terminantemente a fecundação *post-mortem* a Lei Sueca, de 1985 (art. 2), a proposta de lei francesa, de 1984, e o projeto de lei português sobre as TRHA (art. 14).⁴⁷⁷ A Lei alemã da Proteção do Embrião, de 1990, pune com pena de prisão de até três anos ou multa todo aquele que fecunde conscientemente um óvulo com o sêmen de um homem após a morte deste (§ 4, n. 3).

A legislação espanhola permite a inseminação *post-mortem*, desde que tenha sido formalmente autorizada pelo falecido em documento autêntico, testamento ou escritura pública. Somente nesse caso é estabelecido o vínculo de filiação com o marido defunto (art. 9º, n.1.-2.).⁴⁷⁸

É interessante também anotar que o Conselho da Europa consagra no seu projeto de recomendações referentes às TRHA (art.11), de 1984, a proibição da fecundação *post-mortem*. Em sentido contrário anda o já

⁴⁷⁴ BARBAS, Stela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 135.

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 133.

⁴⁷⁶ LOUREIRO, João C. Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In: Portugal-Brasil Ano 2000 - Tema Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 323.

⁴⁷⁷ Ao contrário, a proposta italiana, de 12.3.1985, que recomenda que a criança concebida postumamente com o esperma do marido ou companheiro da mãe deve herdar todos os bens não partilhados no momento em que nasceu ou no momento em que foi concebida, tal como se ela tivesse sido concebida em vida do genitor; cf. DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 41.

mencionado Relatório *Warnock*, embora não reconheça aos filhos assim concebidos quaisquer direitos sucessórios.

A tendência da legislação estrangeira é afastar a utilização da referida técnica, sob o argumento de que cabe aos pais, e não apenas a um único membro do casal, o dever de assistência, não apenas econômica, mas, sobretudo, emocional, afetiva e psíquica, aos filhos. A princípio, toda criança tem o direito de se beneficiar de uma estrutura biparental de filiação e conviver com seus genitores, espelho e fonte de referência de suas condutas.⁴⁷⁹ Isto não quer dizer que as famílias monoparentais não possam também exercer esta função com a mesma efetividade.

Todavia, uma criança nascida e desenvolvida com pai e mãe vivos que, por um motivo ou por outro, vem a perder um de seus progenitores, é algo bastante diferente de uma criança que foi gerada intencionalmente sem um deles. O suporte jurídico constitucional que aponta para uma proibição dessa técnica é o princípio tutelar do melhor interesse da criança, que lhe garante uma infância propícia ao seu desenvolvimento emocional e psíquico.

É de frisar, contudo, que, independentemente das sanções que a futura lei possa impor ao médico, se a fecundação *post-mortem* vier a ser utilizada, o filho gerado não deverá sofrer quaisquer discriminações nos direitos decorrentes de sua filiação, em observância do art. 227, § 6º, da CF, segundo o qual as relações pessoais e patrimoniais que se estabeleçam entre pais e filhos, independentemente de sua origem natural ou artificial, são absolutamente iguais.

Como o surgimento de um filho artificialmente gerado após a morte do *de cuius* não causa efeitos patrimoniais relativos ao espólio e aos herdeiros, constata-se que este filho sofreria um dano patrimonial ao ser excluído da sucessão hereditária. Como já foi analisado, é altamente questionável um direito à reprodução assistida de uma mulher viúva, na qualidade fecundação heteróloga *post-mortem*. Especialmente porque o inciso III do art.1597 do novo CC trata apenas da presunção desse tipo de paternidade. Não há regra expressamente prevista no CC que solucione a questão do direitos sucessórios desse filho.

⁴⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 297.

⁴⁷⁹ Nesse sentido: ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 28.

Esta prática não pode ser considerada lícita no Direito brasileiro, havendo clara violação do art. 227, § 6º, da CF.⁴⁸⁰ “Na justificação dos incisos III e IV, do art. 1.597, do novo CC, há apenas referência à desnecessidade de qualquer autorização do marido para que incida a presunção legal de paternidade.”⁴⁸¹

4.6 A maternidade de substituição e a “barriga de aluguel”

A maternidade de substituição origina-se da fertilização *in vitro*, a partir da manipulação do material genético: o óvulo, o esperma ou ambos são retirados de seu *habitat* natural e criados num tubo de ensaio ou *in vitro* e, após a fecundação, introduzidos no útero de uma mulher. Essa técnica pode ser utilizada por casais ou companheiros, provindo o óvulo e o sêmen deles, sendo o embrião implantado no útero de outra mulher. É possível também que os gametas (óvulo ou esperma) não sejam fornecidos pelos parceiros, mas venham de doador(es).

Assim, pode-se fazer a distinção entre *mãe portadora* e *mãe substituta*, recebendo a primeira o óvulo do casal já fecundado, enquanto a segunda é inseminada com o esperma do marido da contratante, fornecendo também o óvulo. Estes acordos econômicos com fins reprodutivos realizados entre casais interessados e mulheres ocorrem há mais de vinte anos na Europa, e, seguramente, há mais tempo nos EUA, onde existem até associações civis para a facilitação do uso destas técnicas.⁴⁸²

Caso surgirem disputas referentes aos direitos sobre a criança havida por maternidade de substituição, os tribunais norte-americanos tendem a decidir no sentido de

⁴⁸⁰ BRAUNER, M. Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 72ss.

⁴⁸¹ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o ECA. In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 278.

⁴⁸² BARBAS, Stela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 144.

entregar a criança ao casal que a “encomendou”.⁴⁸³ Ao contrário, os tribunais ingleses decidiram em favor da mãe gestacional que quebrou o compromisso de entregar a criança após o nascimento.

Para evitar esse tipo de questionamento, no Brasil, a Resolução n. 1.358/92 (Item VII), do CFM, proibiu a utilização dessa técnica com qualquer fim lucrativo, excetuando a sua realização entre mulheres com um parentesco até o segundo grau, para garantir o caráter altruístico dessa relação, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (Item VII, 1).

Ao mesmo tempo, a maternidade de substituição continua sem respaldo legal no Brasil, tanto no aspecto de determinação da maternidade, quanto na permissão ou vedação de sua realização. A doutrina e a jurisprudência consideram *mãe*, para efeitos de registro e de direitos sucessórios, aquela mulher que deu à luz a criança depois de gestação no seu corpo. A única possibilidade da doadora do óvulo ficar com a criança é a sua voluntária entrega para adoção.⁴⁸⁴

Há também a hipótese de que nenhum dos contratantes queira ficar com a criança, especialmente quando esta nasce doente. Outros temem os graves prejuízos à personalidade moral e física da mulher que é despojada da sua maternidade, dando origem a conflitos psicológicos e afetivos em relação a si mesma, e ao recém-nascido.⁴⁸⁵

Em nível internacional, a Resolução n. 11 do Parlamento Europeu, sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro* (de 16.3.1989), rejeita e pune qualquer forma de maternidade de substituição ou de mediação

⁴⁸³ *Idem*, p. 147ss. A famosa sentença *Stern vs. Whitehead* foi prolatada em 1988.

⁴⁸⁴ Cf. LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). **Biodireito: ciência da vida - os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144s.

⁴⁸⁵ Cf. DIAS, João Alvares. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 91; Machado, Maria Helena. Filho de várias mães. In: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda B. (orgs.). **Bioética e direitos humanos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 182ss.

comercial. Na França, foi alterado, em 1994, o do Código Civil (art. 16-7), que passou a considerar ilícita a convenção pela qual uma mulher se obriga, mesmo gratuitamente, a conceber uma criança para depois entregá-la; no mesmo sentido dispõe a Constituição da Suíça (art. 24, 9.).⁴⁸⁶

O Código Civil alemão (§ 1.591, BGB) declara como mãe da criança a mulher que a deu à luz. Neste país, a maternidade de substituição é proibida, prevendo a Lei de Proteção de Embriões sanção penal contra o médico que realize a respectiva transferência embrionária.⁴⁸⁷ Em Portugal, o já referido Projeto de Lei sobre as TRHA (arts. 6º, 30) não permite a maternidade de substituição, declarando nulo o respectivo contrato e punindo com prisão (até três anos) a promoção desses acordos com fins lucrativos. Na mesma linha anda a legislação sueca, que veta esta transformação de crianças em objetos de uma atividade lucrativa eticamente insustentável.⁴⁸⁸

A Lei espanhola n. 35, de 1998, declara como nulo o contrato de gestação segundo o qual uma mulher renuncia à maternidade em favor de um terceiro, determinando que a filiação das crianças nascidas é aferida pelo parto. Na Grã-Bretanha, a maternidade de substituição foi admitida, quando sem remuneração, sendo os contratos resultantes desse tipo de gravidez considerados nulos; apenas no caso de adoção a mãe, que idealizou a utilização da referida técnica, será considerada também a mãe jurídica.

Nos EUA, os contratos para a mãe de substituição são lícitos e, normalmente, prevêm todas as possíveis situações. Prevalece o entendimento de que a mulher que dá à

⁴⁸⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 482.

⁴⁸⁷ Lei de 13.12.90, § 1, (1), 7.; cf. ZITSCHER, Harriet C. **Introdução ao Direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 118.

⁴⁸⁸ DIAS, João Alvares. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 109.

luz seja a mãe da criança, podendo, no entanto, o casal que encomendou a criança adotá-la.⁴⁸⁹

O Primeiro Substitutivo ao Projeto de Lei, que trata das TRHA, permitiu a gestação de substituição em sua modalidade não lucrativa ou comercial, “nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta” (art. 3º). O Segundo Substitutivo, por sua vez, proíbe terminantemente a técnica, rezando o seu art. 3º: “Fica proibida a gestação de substituição”.

Na ausência de lei específica, até agora a jurisprudência e doutrina brasileira têm se posicionado no sentido de estabelecer a maternidade pelo parto, considerando a mãe jurídica aquela que deu à luz a criança.⁴⁹⁰ Assim, a mãe genética (biológica) somente pode ser considerada mãe, no sentido legal, se ela adotar a criança gerada no útero alheio.⁴⁹¹

No entanto, julgado recente da 2ª Vara de Registro Público de São Paulo (n. 66/00) determinou o registro de trigêmeos nascidos por via de gestação de substituição em nome da doadora do óvulo. Trata-se de processo não-contencioso (a portadora era sobrinha doadora), suscitado pelo Cartório de Registro de Nascimento, cujo oficial não sabia em nome de quem registrar as crianças, visto que a mãe genética se apresentava como tal e o documento da maternidade apontava que o parto fora realizado pela mãe gestante. Como não foi o caso de um “comércio carnal”, o juiz concedeu tutela àquela “paternidade de intenção”, o que Lima Neto chama de “adoção brasileira por via judicial”,⁴⁹² um

⁴⁸⁹ Cf. CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 287s.

⁴⁹⁰ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 748, 782.

⁴⁹¹ LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). **Biodireito: ciência da vida - os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

⁴⁹² *Idem*, p. 142.

procedimento cuja técnica pode ser criticada, pois o mais correto seria considerar mãe a parturiente.

Para Camargo, o referido caso foi julgado de forma justa e de acordo com a sua função social, muito embora contrariando o art. 242, Código Penal (que declara crime dar como próprio o parto alheio), tendo afastado o juiz acertadamente a presunção *mater semper certa est* em caráter excepcional, determinando o registro civil em nome dos pais intencionais, que também eram os pais biológicos.⁴⁹³

O fato é que, nos casos de lacuna da lei, como a maternidade de substituição, o julgador deverá solucionar o caso concreto seguindo os critérios estabelecidos na Lei de Introdução ao Código Civil, observando-se a analogia e os princípios gerais de Direito e atentando-se aos fins sociais e às exigências do bem comum, na base de uma interpretação norteada pela axiologia constitucional.

Um impasse para a regulamentação da maternidade de substituição, para muitos, reside no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro rejeite a realização de contrato que tem como objeto o ser humano, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Além do mais, pode-se afirmar que os contratos de “aluguel de útero” são feridos de nulidade absoluta (art. 166, do novo CC), porque recaem sobre realidades insusceptíveis de comércio como o são a maternidade e a filiação, independentemente de serem gratuitos ou onerosos. Nessa linha, Barboza invoca o art. 199, § 4º,⁴⁹⁴ CF, que – apesar de não se aplicar diretamente aos casos de maternidade de substituição – impede qualquer

⁴⁹³ CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 217ss.

⁴⁹⁴ “Art. 199, § 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitam a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, *sendo vedado todo tipo de comercialização.*” (Destaque nosso.)

comercialização do corpo humano, impossibilitando também a cessão gratuita do útero por comprometer os laços jurídico-familiares.⁴⁹⁵

Estes argumentos, no entanto, são mais apropriados para vetar as práticas comerciais (“barriga de aluguel”), banidos expressamente pelos dois substitutos ao Projeto de Lei sobre as TRHA. Nos casos em que o ato não remunerado de uma mulher de “emprestar” o seu útero à outra, para viabilizar a maternidade desta, deve ser considerado altruístico, a ordem jurídica não deve proibi-lo invocando “dificuldades internas” na atribuição da maternidade.

A solução do Primeiro Substitutivo, no sentido de permitir tal técnica “desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta”, é adequada para evitar a sua comercialização. Em relação ao disposto na Resolução n. 1.358/92,⁴⁹⁶ do CFM, a referida proposta legislativa possui a vantagem de também incluir as mulheres parentes do parceiro no grupo das possíveis genitoras substitutas; ao mesmo tempo, não prevê a hipótese de “demais casos”, inviabilizando, assim, a possível aprovação de relações de substituição da gestação entre mulheres sem vínculo parental com os beneficiários.

A conseqüente exclusão fática do acesso a essa técnica de mulheres que não possuem irmãs ou cunhadas dispostas para tal ato deve ser tolerada, visto que uma abertura do rol das genitoras potenciais levaria, inexoravelmente, a contratos camuflados de “barriga de aluguel”, especialmente num país com diferenças sociais tão grandes como o

⁴⁹⁵ Barboza, Heloísa H. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 91 *apud* GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 859.

⁴⁹⁶ “VII – 1. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”.

Brasil, onde é relativamente fácil achar mulheres dispostas a se submeter a uma gravidez de substituição em troca de vantagens econômicas.

Porém, no que diz respeito à determinação da maternidade oriunda desta técnica, não parece ser adequada a solução do Primeiro Substitutivo quando reza, no seu art. 19, que

o doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

É justamente a exclusão jurídica total da maternidade da mulher *gestatriz* que torna a técnica da gestação de substituição tão polêmica entre nós, com a imagem da criança recém-nascida ser arrancada dos braços da mulher que a carregou durante nove meses. Este problema, no entanto, pode ser resolvido concedendo-se, a princípio, a maternidade à mulher que deu à luz a criança; ao mesmo tempo, deve ser estabelecida, legalmente, a possibilidade de que a “mãe idealizadora” a adote imediatamente, caso a “mãe legal” concorde com isso.

Como deve haver vínculo de parentesco entre a *gestatriz* e os beneficiários, é pouco provável que haja uma “mudança de idéia” no sentido da mãe legal querer ficar com a criança, não entregando-a à pessoa que ela iria ajudar ser mãe e, assim, descumprindo o acordo estabelecido entre elas. A atitude altruísta da mãe gestadora, portanto, deve continuar existindo até o fim da gravidez, isto é, até o nascimento do filho. Os beneficiários somente ganhariam uma *expectativa* de ficar com o filho, a ser legalmente concretizado através da adoção.

Ao mesmo tempo, os beneficiários não podem se eximir da sua responsabilidade em relação ao filho gerado por sua iniciativa; ainda que eles desistam da adoção após o nascimento, deverão responder civilmente pelos alimentos da criança, que obviamente

ficará com a sua “mãe legal”, a *gestatriz*. No caso (raro) da recusa do recém nascido por ambas as partes, a criança deverá ser liberada para adoção por terceiros, sob manutenção da responsabilidade jurídica da duas “mães”.

O argumento da pretensa violação da dignidade humana da “gestatriz”, com a sua “utilização como meio” em benefício de outrem, perde peso com a devida consideração das circunstâncias concretas da situação de uma maternidade de substituição. Da mesma forma que uma pessoa não é “degradada para ser um meio” por doar um rim para um(a) parente, com a finalidade de garantir a sua sobrevivência, a mulher adulta que se dispõe a disponibilizar o seu corpo para ajudar um(a) parente a ser mãe ou pai, na verdade, exerce um ato de humanismo e grandeza espiritual, ato este que não a “torna objeto”, mas, acima de tudo, a eleva e *dignifica*.

5. CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

As TRHA devem ser admitidas e fomentadas pelo Poder Público para assegurar o direito fundamental dos cidadãos à reprodução assistida, com o fim de garantir às pessoas, que não podem ter filhos naturalmente, o exercício de sua autonomia. O emprego dessas técnicas sempre deve ser condicionado à perseguição de finalidades médicas específicas, que são a superação da esterilidade e o combate a doenças geneticamente transmissíveis. É sob a inspiração desses princípios da Ética médica que a futura lei brasileira sobre o tema

deve se manifestar, de forma estritamente vinculada às normas principiológicas da Constituição.

Julgamos adequada a atribuição de um direito ao uso das TRHA às mulheres solteiras inférteis ou com risco de transmissão de doença genética, sendo que uma “liberação” generalizada do seu uso para este grupo valorizaria sobremaneira a autonomia individual. No caso das solteiras que cumprem essas condições legais, deverá haver, de qualquer forma, um acompanhamento psicológico, para demonstrar à futura mãe o aspecto definitivo de sua decisão e a responsabilidade desse ato.

No tocante à utilização das TRHA pelos parceiros homossexuais, nos parece que a discussão no seio da sociedade brasileira sobre o tema ainda não avançou suficientemente para que possam ser formuladas recomendações definitivas. Vale frisar que nem sempre o Direito, especialmente em matéria familiar, tem a força de impor sua normatividade a uma moralidade coletiva da sociedade.

Antes, são a moral individual e a vontade coletiva baseada na repetição de seus atos e costumes que consagram e determinam a existência da lei, a exemplo do que ocorreu com legislação sobre a união estável. De qualquer forma, seria de bom alvitre esperar a regulamentação da situação jurídica dos casais homossexuais, isto é, a definição por parte do Congresso Nacional se estes poderão se valer do casamento civil para formalizarem suas relações.

A determinação do anonimato do doador de gametas, por sua vez, é justificada a partir do entendimento de que a doação é um ato de filantropia, na medida em que ajuda aos casais inférteis na possibilidade de gerar seus filhos. Ao mesmo tempo, não deve ser negado, a princípio, ao ser humano o conhecimento de sua ascendência biológica.

A solução nos parece ser que, nos casos em que o doador alegue importantes razões pela manutenção do anonimato, dentro de uma ponderação dos valores envolvidos, se deverá ceder o direito do filho de saber da identidade civil do doador, em favor da estruturação e da solidez da família deste. Ao mesmo tempo, o acesso a esses dados deverá ser possibilitado somente a partir dos 16 anos de idade, quando se pode presumir uma certa maturidade emocional do jovem.

A proibição da maternidade de substituição não se justifica por inviabilizar o desejo de muitas pessoas de terem filhos. Entretanto, o uso desta técnica deve ser restrito aos casos onde exista uma relação familiar entre a mãe hospedeira e a doadora de óvulo, para se evitar casos eticamente reprováveis de verdadeira “locação de útero”. Para superar as dificuldades jurídicas, a maternidade legal deve ser atribuída à mãe portadora, sendo necessária a adoção da criança por parte dos beneficiários. A mulher solteira também pode ser beneficiária desta TRHA.

Além disso, não há que se criticar o uso da técnica da fecundação heteróloga sob o argumento de que esta diminuiria a vontade dos casais para adotar crianças, num país que vive a problemática do menor abandonado. Não se deve deslocar um problema de ordem pública, a incapacidade do Estado brasileiro em reduzir o número excessivo de menores abandonados, para a esfera privada, de foro íntimo.

De todas as TRHA, a que apresenta o fundamento bioético mais fraco é a fecundação *post mortem*. Ao se permitir a criopreservação do esperma do marido para fecundação da esposa ou parceira após a morte dele, não se está realizando o princípio da beneficência, visto que não há nenhuma indicação médica que assista à beneficiária. Esta técnica sempre corre o risco de degenerar para ser um mero instrumento econômico da viúva, que pode ser utilizado contra os filhos herdeiros do falecido.

Não convence a obrigação da transferência de todos os pré-embriões produzidos no respectivo ciclo de reprodução para o útero da mulher, sendo mais adequada a solução atual da Resolução n. 1.358/92, que permite a criação de um número de pré-embriões maior do que os efetivamente implantados posteriormente. A criopreservação dos não transferidos deve ser mantida para não obrigar a mulher a se submeter a repetidos processos de “hiperovulação”.

Os beneficiários ou, no caso da mulher solteira, a beneficiária, devem ter o poder de determinar a destinação dos pré-embriões à pesquisa científica, com a vedação estrita de qualquer caráter comercial deste ato. Estes pré-embriões não seriam “produzidos *para fins de pesquisa*”, mas somente aproveitados indiretamente, sendo que muitos beneficiários certamente não aprovarão tal destino.

Limitar a possibilidade de experimentação aos “embriões naturalmente abortados” durante o processo de uma TRHA significaria pôr um fim às pesquisas com células-tronco no Brasil, visto que este número será extremamente reduzido e, por si, não garante um material geneticamente saudável. Ao mesmo tempo, o uso em pesquisa poderia ser restrito aos pré-embriões “não viáveis” para fins de reprodução, como determina a lei espanhola.

A dignidade humana representa um importante dado ético e jurídico-constitucional para traçar os limites da liberdade científica, especialmente quando se trata de testes e investigações com células humanas. No entanto, o que se observa é uma utilização pouco criteriosa do conceito da dignidade, que tem servido, muitas vezes, como “lugar comum”, sem conteúdo material definido, para camuflar as crenças pessoais daquele que se vale dele na discussão.

Não é possível, nem necessário, atribuir ao nascituro a personalidade civil, visto que ele pode ser considerado um “ente não personificado” e sujeito de direitos. Isto não vale igualmente para o pré-embrião *in vitro*, que somente se torna nascituro com a sua implantação no útero da beneficiária. Este forma incipiente de vida humana já participa da proteção de sua dignidade, o que impossibilita a sua utilização para fins econômicos.

No entanto, o pré-embrião ainda não se encontra num estágio individualizado de vida humana e, por conseqüência, não goza plenamente do direito fundamental à vida, o que torna possível seu uso para experimentações e pesquisas, que sempre devem ter por fim um expressivo benefício para a ciência ou para outros seres humanos.

Assim, é justificado o seu uso em pesquisas com as suas células-tronco, para garantir a melhoria da qualidade de vida de inúmeras pessoas que aguardam ansiosamente o avanço da ciência médica nesse ponto, sendo um importante dado que as células embrionárias prometem resultados de cura bem superiores às consideradas já “maduras”, extraídas da medula óssea ou do cordão umbilical.

Ao mesmo tempo, deve ser discutida também a permissão do “rastreamento” de pré-embriões que foram gerados a partir dos gametas de pais sob ameaça de transferir doenças genéticas. Esta técnica ajuda evitar o nascimento de crianças que sofrerão a vida inteira, junto com os seus pais. Ela pode ser considerada uma forma de “eugenia”, que não visa a evitar uma enfermidade, mas procura criar filhos com determinadas “qualidades” físicas ou mentais.

Por outro lado, a Biomedicina corre o risco de assumir um perfil preponderantemente econômico, desviando-se de seus primeiros fins, especialmente por causa da atuação pouco escrupulosa das grandes empresas farmacêuticas e dos anseios ilimitados de lucratividade das empresas privadas de saúde (planos, laboratórios, hospitais etc.).

Não é aceitável que se tornam verdadeiras afirmações cínicas no sentido de que a futura Lei sobre as TRHA, no fundo, poderá proibir e regulamentar o que quiser, visto que a prática das clínicas reprodutivas e dos laboratórios de pesquisa não iria mudar, por não precisar temer um controle sério pelo Poder Público. Estas entidades devem estar sujeitas a uma fiscalização eficiente por parte dos órgãos administrativos dos três níveis governamentais, de preferência mediante estruturas descentralizadas.

Sendo impossível universalizar valores morais em sociedades distintas, com maneiras de pensar, sentir e agir variáveis em seus comportamentos, torna-se indispensável

o respeito à moralidade peculiar de cada sociedade, em se tratando de um assunto tal essencial como a reprodução humana assistida. Pode-se afirmar que o Brasil não adotou o paradigma bioético *liberalista* dos norte-americanos, que privilegia sobremaneira o princípio da autonomia do indivíduo, mas está andando mais na direção de um modelo latino-americano específico que privilegia os princípios da *equidade* e da *solidariedade*, sem excluir a vontade do paciente.

Para a realização do princípio da *justiça*, é preciso que o Estado brasileiro crie os meios para que a população brasileira, de uma maneira geral, e, independentemente de sua situação social e econômica, possa ser beneficiada com os avanços de reprodução assistida. Não pode ser aceita a falta de apoio governamental à reprodução assistida sob o argumento de que somos um país “periférico”, de graves problemas sociais.

Cabe também à sociedade civil organizada zelar pela coordenação de esforços no sentido de que a maioria de seus membros seja atendida em suas necessidades básicas, sendo a saúde uma delas. É por isso que a incorporação de alta tecnologia, como o uso das TRHA, no sistema público de saúde deve ser amplamente discutida e regulada.

Sem dúvida, não haverá uma ordem social justa no que tange à saúde reprodutiva na medida em que persistirem no Brasil tantos problemas sociais tão ou ainda mais graves que a infertilidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Francis. **La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas**. Madrid: Universidad Comillas, 1989.

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, n. 8, Recife, pp. 201-224, 1997.

_____. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a alimentos**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

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

ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro** (Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família), Del Rey: Belo Horizonte, pp. 417-434, 2004.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, n. 38, pp. 21-30, dez. 1992.

ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. *In*: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**, Porto Alegre: Sergio Fabris, pp. 185-262, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética nas desigualdades sociais. *In*: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: Editora UnB, pp. 49-65, 2000.

ANTUNES, Tatiana de Souza Araújo. Clonagem humana: uma afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana. *In*: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (orgs.). **Direito ao extremo**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 315-326, 2005.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ARCHER, Luís. De onde veio e para onde vai a Bioética? Disponível em: <www.informac.gov.mo/aam/portuguese/boletim/2/art2-2.html>. Acesso em: jun. de 2004.

ARNOLD, Rainer. Bioética e a Constituição - os limites constitucionais da biotecnologia. *In*: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (coords.). **Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, pp. 239-250, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Embrião e personalidade jurídica. *In*: **Vida e Direito - Reflexões sobre um referendo**. Cascais: Principia, 1998.

ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. *In*: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). **Bioética y Derecho: fundamentos y problemas actuales**. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), pp. 64-91, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, Direito e reprodução humana assistida. **Revista dos Tribunais**, vol. 729, São Paulo: RT, pp. 43-51, jul. 1996.

BAHAMONDE, Didiane V. F. C. Biotecnologia e Direito. **Revista Leopoldianum**, n. 72, Universidade Católica de Santos, pp. 152ss., 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). **Derecho Constitucional - Vol. II**. Madrid: Tecnos, 1999.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1999.

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

_____. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 1-40, 2001.

_____. Princípios do Biodireito, *in*: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 49-81, 2003.

_____. Direito à identidade genética. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey - IBDFAM, pp. 379-389, 2002.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: os limites da Bioética. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 219-257, 2003.

_____. As relações da Bioética como o Biodireito. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 41-75, 2001.

_____. Bioética, Biodireito e direitos humanos. *In*: TORRES, Ricardo Lôbo (coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 377-417, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: o mesmo (org.). **A nova interpretação constitucional (ponderação, direitos fundamentais e relações privadas)**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 1-48, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Sônia Brandão Soares. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 547-577, 2000.

BENDA, Ernst. **Dignidad humana y derechos de la personalidad**. *In*: BENDA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, H.-J.; HESSE, K.; HEYDE, W. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: IVAP/Marcial Pons, pp. 117-144, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética jurídica: Ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN, Alejandro D. **Reprodução assistida e dignidade humana**. Trad.: Marisa do N. Paro. São Paulo: Paulinas, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994; 7. ed., 1997.

BRASIL, Sandra. Menino ou menina? **Revista Veja**, n. 38, São Paulo: Abril, pp. 100-107, set. 2004.

BRASIL. Senado Federal. Notas taquigráficas da 8ª reunião da Comissão de Assuntos Sociais, no dia 15.05.2001. Disponível em: www.senado.gov.br/web/senador/tiaovian/atuacao/Reproducao_Assistida/Notas_taquigraficas_CAS_20010515.htm (Acesso: nov. 2004).

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

_____. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos. *In*: MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, pp. 393-419, 2003.

CALDERÓN, Adolfo I.; GUIMARÃES, Rosamélia F. Família: a crise de um modelo hegemônico. **Revista Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, pp. 26ss., dez. 1994.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: Ética e Direito**. Campinas: Edicamp, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Trad.: Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Repensando o Direito de Família** (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM). Belo Horizonte: Del Rey, pp. 485-511, 1999.

CASADO, Maria. Nuevo derecho para la nueva genética. *In*: CASADO, Maria (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, pp. 55-73, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORTINA, Adela. Biótica y nuevos derechos humanos. *In*: SAUCA, José Maria (org.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial Del Estado (Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid), pp. 427-441, 1994.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. *In*: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (coords.). **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, pp. 191-199, 1999.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Proteção estatal à família, à união estável, ao casamento, o que é importante? **Revista AJURIS**, n. 73, Porto Alegre, pp. 275ss., jul. 1998.

DE LUCCA, Newton. Painel sobre a discussão dos aspectos éticos e morais do uso da biodiversidade no Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade. **Revista CEJ** (Conselho da Justiça Federal), n. 1, Brasília, pp. 66-79, 1997.

DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora (*studia jurídica* 21, Boletim da Faculdade de Direito), 1996.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ENUNCIADOS aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudo Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado Aguiar, do STJ; disponível em: www.cjf.gov.br/Revista/Enunciados/Enunciados_Main.asp#DIREITO%20DE%20FAM%20CDLIA%20E%20SUCESS%D5ES. Acesso em dez. 2004.

EWERLÖF, Göran D. Swedish legislation on artificial insemination. *In*: **La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana** (II Congreso Mundial Vasco), Madrid: Trivium, pp. 65-84, 1988.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. **Biología y filiación: aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida**. Granada: Editorial Comares, 1999.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

_____. **Elementos críticos do Direito de Família – Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1996.

FAVAZZO, Maria Angela. Statuto giuridico dell’embrione. Disponível em: <www.bioetica-vssp.it/documenti/000493/000493.htm>. Acesso: 21.07.2002.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

FERREIRA, Erinalva Medeiros. Da responsabilidade ética do pesquisador aos direitos dos sujeitos pesquisados. *In*: SARMENTO, George (org.). **Direitos Humanos e Bioética**. Maceió: Edufal, pp. 63-76, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORTES, Paulo. Avanços tecnológicos significam melhoria da saúde? *In*: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: Editora UnB, pp. 139-144, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e Direito. **Bioética** (Revista do Conselho Federal de Medicina), vol. 4, n. 1, Brasília, pp. 17ss., 1996.

FROSINI, Vittorio. **Derechos humanos e Bioética**. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A Bioética na política pública do Brasil. Disponível em: <www.rudah.com.br/cfm/revista/0402-96/abioetic.html>. Acesso em março de 2004.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In*: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2004, pp. 265-303.

_____. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARRAFA, Volnei. Questões sobre Bioética. Painel apresentado no Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade. *In*: **Revista CEJ** (Conselho da Justiça Federal), n. 1, Brasília, pp. 107ss., 1997.

_____; COSTA, Sérgio Ibiapina F.; OSELKA, Gabriel. A Bioética no século XXI. *In*: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs.). **A Bioética no século XXI**. Brasília: Editora da UnB, pp. 13-23, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GÓMEZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicio Publicaciones da Universidad Complutense, 1994.

GRACIA, Diego. **Procedimientos de decisión em ética clínica**. Madrid: Eudema, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUILHEM, Dirce; Prado, Mauro Machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. **Bioética** (Revista do Conselho Federal de Medicina), vol. 9. n. 2, Brasília, pp. 113-126, 2001.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. A problemática ético-jurídica da reprodução humana assistida e seus reflexos no Direito Civil e Constitucional. **Ius Vivens** (Revista Jurídica da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB), Ano 1, n. 1, Campo Grande (MS), pp. 122-135, out. 1998.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana – A caminho de uma eugenia liberal?** Trad.: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas**, vol. 1, n. 1, Porto Alegre, pp. 113-122, 2000.

HERMANS, Maria Artemísia Arraes. Questões sobre a Bioética. Painel apresentado no Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade. *In*: **Revista CEJ**, Ano III, n. 8, Brasília, pp. 109-112, ago. 1999.

HERNÁNDEZ, Tosca. Lo ético e lo jurídico normativo en la práctica científica-tecnológica posmoderna. **Fronésis (Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política)**, vol. 4, n. 1, Maracaibo (Venezuela), pp. 11-30, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad.: Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HIRONAKA, Giselda. Bioética e Biodireito: Revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva inquietante. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, pp. 107-128, 2002.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

HOOFT, Pedro Frederico. **Bioética y derechos humanos**. Buenos Aires: Depalma, 1999.

JUNGES, José Roque. **Bioética – perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. Biodiversidade, biotecnologia, biossegurança e proteção do meio ambiente. **Idéia Nova**, Ano 1, n. 1, Recife: UFPE, pp. 73-92, 2003.

_____. **União estável: análise sociológica**. Curitiba: Juruá, 2003.

KREMER, Pascale. Filhos de pais homossexuais levam uma vida normal. **Le Monde**. Disponível em: <www.uol.com.br/lemonde/im2710200001.htm>. Acesso em março de 2003.

LEANDRO, Maria Engrácia. Complexidade das estruturas familiares na sociedade moderna. *In*: Sousa, Pio A. de (org.). **Revista Teológica**, vol. XXIX, pp. 6ss., 1994.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 29, Curitiba, pp. 121-146, 1996.

_____. O Direito, a ciência e as leis de Bioética. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 98-119, 2001.

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

_____. Procriações artificiais: Bioética e Biodireito. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o Direito de Família** (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM), Belo Horizonte: Del Rey, pp. 143-160, 1999.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestão por outrem. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 120-149, 2001.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Responsabilidade civil das empresas de engenharia genética: em busca de um paradigma bioético para o Direito Civil**. Leme: Editora de Direito, 1997.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos fundamentais dos contribuintes como limitação ao poder de tributar**. Tese de Doutorado - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, UFPE, Recife, 2004.

LIRA, Ricardo César Pereira. Breves estudos sobre entidades familiares. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o Direito de Família** (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito e Família - IBDFAM), Belo Horizonte: Del Rey, pp. 81-96, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: RT, n. 19, pp. 243-259, jul./set. 2004.

_____. Bioética: uma nova disciplina do Direito. **Jornal do Advogado**, Belo Horizonte, p. 8ss., nov. 1999.

_____. **Código Civil comentado - Vol. XVI: art. 1.591 a 1.693. Direito de Família - Relações de Parentesco - Direito Patrimonial** (coord.: Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista Direitos & Deveres**, ano II, n. 3, Maceió: UFAL, pp. 91-108, jul./dez. 1998.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro** (Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM), Belo Horizonte: Del Rey, pp. 505-530, 2004.

_____. Igualdade conjugal - direitos e deveres. **Revista da Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE**, Recife, vol. 2, n. 6, pp. 361-380, out./dez. 1997.

_____. O exame de DNA e o princípio da dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 1, São Paulo: RT, pp. 67-74, abr./jun. 1999.

_____. O princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio** (Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM). Belo Horizonte: Del Rey, pp. 245-253, 2000.

LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 329-359, 2002.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. *In*: **Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito. Studia Iuridica**, n. 40, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 263-389, 1999.

MACHADO, Maria Helena. Filho de várias mães. *In*: PEREIRA E SILVA, Reinaldo; LAPA, Fernanda Brandão (orgs.). **Bioética e direitos humanos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, pp. 171-190, 2002.

MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. **Capacidade & entes não personificados**. Curitiba: Juruá, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em Direito brasileiro: o direito pós-moderno à descoberta da origem? *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes temas da atualidade: DNA**. Rio de Janeiro: Forense, pp. 27-60, 2000.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. Los derechos humanos como derechos inalienables. *In*: BALLESTEROS, Jesús (ed.). **Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos**. Madrid: Tecnos, pp. 86-99, 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. *In*: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética, medicina e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, pp. 127-144, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do Biodireito. **Bioética** (Revista do Conselho Nacional de Medicina), vol. 8, n. 2, Brasília, pp. 229-246, 2000.

MATEO, Ramón Martín. **Bioética y derecho**. Barcelona: Ariel, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e Biodireito. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 85-97, 2001.

_____. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa: o novo Código Civil e o texto constitucional. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (coords.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 83-95, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Eficácia (1ª Parte)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. *In*: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 97-131, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união de pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 1, Rio de Janeiro, pp. 89-112, jan./mar. 2000.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. O princípio da solidariedade. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 165ss., 2001.

_____. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 169-194, 1997.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. *In*: VARELA, Antunes; AMARAL, Freitas do; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (org.). **Ab vno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)**. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 965-1004, 1998.

NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na Constituição brasileira. *In*: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, pp. 263-297, 1999.

_____. **Ética geral e profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Aplicação dos princípios no Biodireito. **Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete**, Ano 1, n. 1, pp. 8-20, out. 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. A proteção civil da vida humana. *In*: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, pp. 441-466, 1999.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. *In*: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 291-315, 2002.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. A ética profissional do advogado e o Código de Processo Civil. **Livro das Teses apresentadas no III Encontro de Advogados de Pernambuco** (Garanhuns, 14 a 17 de nov. de 1973), Recife: OAB-PE, pp. 33-46.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Ética na prática jurídica. *In*: **Cidadania, Ética e Estado** (Anais da XVIII Conferência Nacional da OAB: Salvador, 2002). Brasília: Conselho Federal da OAB, pp. 1609-1626, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Vol. II**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Biodireito**. Curitiba: Juruá, 2003.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Ética, poder y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: a nova fronteira dos Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, vol. 816, São Paulo: RT, pp. 62-93, out. 2003.

_____. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito. **Revista dos Tribunais**, vol. 791, São Paulo: RT, pp. 91-106, set. 2001.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: análise biojurídica da identidade humana. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; BARBOZA, Heloísa. Helena (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 259-317, 2001.

_____. Por um estatuto jurídico do embrião humano. *In*: PEREIRA e Silva, Reinaldo; AZEVEDO, Jackson Chaves de (coords.). **Direito de Família: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: LTr, pp. 65-88, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como direito fundamental. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 639-694.

_____. O princípio do “melhor interesse” da criança: da teoria à prática, **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 6, São Paulo: RT, pp. 31-49, jul./set. 2000.

_____; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano IV, vol. 3, Rio de Janeiro, pp. 89-109, jul./set., 2000.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERILLO, Emanuel Augusto. **Curso de Introdução ao Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad.: M. Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991.

PIÑEIRO, Walter Esteves. O princípio bioético da autonomia e sua repercussão e limites jurídicos. *In*: SCHOTSMANS, Paul T. *et alii*. **Bioética**, Cadernos Adenauer III, n. 1, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, pp. 113-128, maio 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967: tomo VI (arts. 153, § 2 a 159)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

PORRAS DEL CORRAL, Manuel. **Biotecnología, derecho y derechos humanos**. Córdoba: Publicaciones CajaSur, 1996.

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. Bioética y valores constitucionais. *In*: Casado, Maria (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, pp. 35-54, 1998.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (org). **Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 31-56, 1998.

_____. Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 29, Curitiba, pp. 147-172, 1996.

_____. **De relação existencial de fato à realidade jurídica**: uma perspectiva da família sem casamento. Tese de Doutorado em Direito, Curitiba: UFPR, 1997.

REALE, Miguel. **Noções preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REIS, Márcio Monteiro. Moral e Direito. *In*: TORRES, Ricardo Lôbo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 117-152, 1999.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 283-302, 2002.

RIEDEL, Eibe. The constitution and scientific and technical progress. *In*: STARCK, Christian (ed.). **New Challenges to the German Basic Law**. Baden-Baden: Nomos, pp. 61-86, 1991.

ROBERTSON, John A. Procreative liberty in the era of genomics. **American Journal of Law & Medicine**, Winter 2003, v. 29, i4, p. 439ss.

ROCA TRIAS, Encarna. La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. *In*: **La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos em materia de reproducción humana** (II Congreso Mundial Vasco). Madrid: Trivium, pp. 17-50, 1988.

SÁ, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e Biodireito. *In*: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro** (Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM). Belo Horizonte: Del Rey, pp. 435-448, 2004.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. Trad.: João Dell'Anna. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pêndulo. A Bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: Torres, Ricardo Lôbo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 35-93, 1999.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito *in vitro*: da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SCHRAMM, Fermin Roland. O respeito à autonomia. **Cadernos de Ética em Pesquisa**, Ano II, n. 3, Brasília: CONEP/CNS, pp. 16-19, jul. de 1999.

SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin Roland. Quem tem medo das (bio)tecnologias de reprodução assistida? **Bioética**, vol. 9, n. 2, Brasília: CFM, pp. 43-56, 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: fundamentos e Ética biomédica**. Trad.: Orlando S. Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, Isabel Cristina Raposo e. Inseminação artificial heteróloga e união de pessoas do mesmo sexo: um estudo à luz da expressão “entidade familiar” trazida pela Constituição de 1988. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 305-328, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA-RUIZ, P. F. Panorámica general de la fecundación humana asistida en los Estados Unidos. *In*: **La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos em materia de reproducción humana** (II Congreso Mundial Vasco). Madrid: Trivium, pp. 85-98, 1988.

SIQUEIRA, Marília de. O início da vida e a Medicina atual. *In*: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, pp. 335-353, 1999.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 547-577, 2000.

SOEIRO, José Manoel Borges. Bioética e Direito: a procriação assistida. Disponível em: <www.informac.gov.mo/aam/portuguese/boletim/2/art4-2.html>. Acesso em maio de 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito Civil e Constituição. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coords.). **Constituição Federal – 15 anos: mutação e evolução. Comentários e perspectivas**. São Paulo: Método, pp. 367-399, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 547-583, 1997.

_____. A tutela jurídica da filiação: aspectos constitucionais e estatutários. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 265-282, 1992.

_____. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 1-16, 2000,

_____. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001; 1. ed., 1999.

VALLS, Ramon. Ética para la Bioética. *In*: CASADO, Maria (coord.). **Bioética, derecho y sociedad**. Madrid: Trotta, pp. 15-33, 1998.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e parentalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. *Status* de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii* (orgs.). **Diálogos sobre o Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, pp. 379-400, 2002.

VIANNA, Guaraci de Campos. O nascituro como sujeito de direitos - Início da personalidade civil: proteção penal e civil. **Ensaios Jurídicos**, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, pp. 292ss., 1996.

VILA-CORO, Maria Dolores. **Introducción a la Biojurídica**. Madrid: Servicio de Publicaciones da Facultad de Derecho da Univerdidad Complutense, 1995.

VILLELA, João Batista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 2, São Paulo, pp. 121-142, jul./set. 1999.

VITZTHUM, Wolfgang Graf; KÄMMERER, Jörn Axel. Law and medicine in Germany. *In*: STARCK, Christian (ed.). **Constitutionalism, universalism and democracy**: a comparative analysis. Baden-Baden: Nomos, pp. 307-326, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad.: Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Anexos

RESOLUÇÃO CFM n. 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30.9.1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19.7.1958, 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 já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

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

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - 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. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE A. MOURA FÉ - Presidente

HERCULES S. P. LIBERAL – Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

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 infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.
- 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 e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já 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 em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.
- 4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
- 5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.
- 6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.
- 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

- 1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.
- 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

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 infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.
- 2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações 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 pré-embriões.
- 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa 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 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.

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 das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, 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 prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

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

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

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 de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-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 pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que 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 pré-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 contra-indique a gestação na doadora genética.

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

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

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999
(1º SUBSTITUTIVO)

Regulamenta as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, após o Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal referente a PLS-90, de 1999, aprovado em 19/04/2000, do Relator Roberto Requião.

Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.

Parágrafo Único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – beneficiários aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, conforme definido na Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tenham solicitado o emprego de Procriação Medicamente Assistida;

II – gestação de substituição ao caso em que uma mulher, denominada genitora substituta, tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho

reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os beneficiários, observadas as limitações do art. 3º desta Lei;

III – consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Procriação Medicamente Assistida e manifestam consentimento para a sua realização.

Art. 2º A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no art. 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade cronológica e outros critérios estabelecidos em regulamento;

§ 1º. Somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida;

§ 2º. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Procriação Medicamente Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art. 3º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.

Parágrafo Único. A gestação de substituição não poderá Ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada a modalidade conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO II DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado por instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Procriação Medicamente Assistida, no caso específico;

II – os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Procriação Medicamente Assistida disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de Procriação Medicamente Assistida nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à Procriação Medicamente Assistida;

IV – a possibilidade e a probabilidade de incidência de danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para os nascituros;

V – as implicações jurídicas da utilização da Procriação Medicamente Assistida;

VI – todas as informações concernentes à capacitação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VII – demais informações estabelecidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

Art. 5º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, e o documento originado deverá explicitar:

I – a técnica e os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 14 desta Lei;

II – as circunstâncias em que o doador ou depositante autoriza ou desautoriza a utilização de seus gametas.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS QUE REALIZAM A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Art. 6º Clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que realizam a Procriação Medicamente Assistida são responsáveis:

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para a realização da técnica de Procriação Medicamente Assistida;

II – pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Procriação Medicamente Assistida, vedando-se a transferência a fresco do material doado;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a Procriação Medicamente Assistida, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego das técnicas em cada situação;

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Procriação Medicamente Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Sessão II desta Lei.

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados.

Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 7º Para obter a licença de funcionamento, as clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam Procriação Medicamente Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico;

II – dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades para realizar a Procriação Medicamente Assistida;

III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Procriação Medicamente Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na Procriação Medicamente Assistida com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material;

V – informar o órgão competente, a cada ano, sobre suas atividades concernentes à Procriação Medicamente Assistida.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo, obrigatória para todos os estabelecimentos que pratiquem a Procriação Medicamente Assistida, será válida por no máximo três anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º Exigir-se-á do profissional mencionado no inciso I deste artigo e dos demais médicos que atuam no estabelecimento prova de capacitação para o emprego de Procriação Medicamente Assistida.

§ 3º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter, por meio de prontuários, elaborados inclusive para a criança, e de formulários específicos, a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do Art. 17 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 5º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 6º No caso de encerramento das atividades, os estabelecimentos de que trata esta Seção deverão transferir os registros mencionados nos incisos III e IV deste artigo para o órgão competente do Poder Público.

SEÇÃO IV DAS DOAÇÕES

Art. 8º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I – para quais estabelecimentos já realizou doação;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador.

§ 3º A regulamentação desta Lei poderá estabelecer idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados.

Art. 9º Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

Art. 10. Excepciona-se o sigilo estabelecido no artigo anterior nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida a fornecer as informações solicitadas.

§ 1º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 2º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Art. 11. A escolha dos doadores será de responsabilidade do estabelecimento que pratica a Procriação Medicamente Assistida e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 12 Haverá um registro central de doações e gestações, organizado pelo Poder Público com base nas informações periodicamente fornecidas pelos estabelecimentos que praticam Procriação Medicamente Assistida, o qual será obrigatoriamente consultado para garantir que um mesmo doador só origine descendentes para um único par de beneficiários.

Art. 13. Não poderão ser doadores, exceto na qualidade de beneficiários, os dirigentes, funcionários e membros, ou seus parentes até o quarto grau, de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida e os civilmente incapazes.

SEÇÃO V DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 14. Na execução de técnica de Procriação Medicamente Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até três embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

Art. 15. Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – sempre que for solicitado pelo doador ou depositante;

II – sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.

Art. 16. Serão definidos em regulamento os tempos máximos de:

I – preservação de gametas depositados apenas para armazenamento;

II – desenvolvimento de embriões *in vitro*.

Art. 17. A pré-seleção sexual só poderá ocorrer nos casos em que os beneficiários recorram à Procriação Medicamente Assistida em virtude de apresentarem probabilidade genética para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo, mediante autorização do Poder Público.

SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 18. Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Parágrafo único. É assegurado ao doador e à criança de que trata este artigo o direito recíproco de acesso, extensivo a parentes, a qualquer tempo, por meio do depositário dos registros concernentes à procriação, observado o disposto no inciso III do art. 6º, para fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, garantido o anonimato.

Art. 19. O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 20. As conseqüências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados *in vitro* ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Art. 21. A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos.

Art. 22. O Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

SEÇÃO VII DOS CRIMES

Art. 23. Praticar a redução embrionária:

Pena – reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Não se pune a redução embrionária feita por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

Art. 24. Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem estar previamente capacitado para a atividade:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 25. Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 26. Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 27. Fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, bem como empregar esses gametas sem a autorização deste:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 28. Deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, deixar de fornecê-las nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 29. Utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que o depositante tenha autorizada, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 30. Implantar mais de três embriões na mulher receptora:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Art. 31. Realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 32. Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Art. 33. Produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena – reclusão de três a seis anos, e multa.

Art. 34. Armazenar, destruir ou ceder embriões, ressalvados os casos previstos nesta Lei:

Pena – reclusão de três a seis anos, e multa.

Art. 35. Deixar de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena – detenção, de dois a seis anos, e multa.

Art. 36. Utilizar gameta:

I - doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida ou seus parentes até o quarto grau, e pelo civilmente incapaz;

II - de que tem ciência ser de um mesmo doador para mais de um par de beneficiários;

III - a fresco ou sem que tenha sido submetido ao controle de doenças infecto-contagiosas:

Pena – reclusão, de três a seis anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I – o médico que usar o seu próprio gameta para realizar a Procriação Medicamente Assistida, exceto na qualidade de beneficiário.

II - o doador que omitir dados ou fornecer informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.

Art. 37. Realizar a Procriação Medicamente Assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável:

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira ou o companheiro.

Art. 38. A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de Procriação Medicamente Assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

Art. 39. O estabelecimento e os profissionais médicos que nele atuam são, entre si, civil e penalmente responsáveis pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida.

SEÇÃO VIII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 40. O Poder Público regulamentará esta Lei, inclusive quanto às normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de Procriação Medicamente Assistida, competindo-lhe também conceder a licença aos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida e fiscalizar suas atuações.

Art. 41. Os embriões congelados existentes até a entrada em vigor da presente Lei poderão ser utilizados, com o consentimento das pessoas que os originaram, na forma permitida nesta Lei.

§ 1º Presume-se autorizada a utilização, para reprodução, de embriões originados *in vitro* existentes antes da entrada em vigor desta Lei, se, no prazo de sessenta dias a contar da data da publicação desta Lei, os depositantes não se manifestarem em contrário.

§ 2º Incorre na pena prevista no crime tipificado no art. 34 aquele que descartar embrião congelado anteriormente à entrada em vigor desta Lei.

Art. 42. A União poderá celebrar convênio com os Estados, o Distrito Federal e com os Municípios para exercer, em conjunto ou isoladamente, a fiscalização dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida.

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor no prazo de um ano a contar da data de sua publicação.

Sala da Comissão, .
 , Presidente
 , Relator

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 90, DE 1999
(2º SUBSTITUTIVO)

Regulamenta as Técnicas de Reprodução Humana Assistida, após o Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal referente a PLS-90, de 1999, aprovado em 20/03/2003, do Relator Senador Tião Viana

Dispõe sobre a Reprodução Assistida.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I: DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo Único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – embriões humanos ao resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto na Seção II desta Lei.

Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto na Seção II desta Lei;

III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento;

IV – O doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

Parágrafo Único. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art. 3º Fica proibida a gestação de substituição.

SEÇÃO II: DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, com manifestação expressa dos beneficiários de falta de interesse na adoção de criança ou adolescente;

II – os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida;

IV – os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada;

V – as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida;

VI – os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no Art. 13 desta Lei;

VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente.

VIII – demais requisitos estabelecidos em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

SEÇÃO III: DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E PROFISSIONAIS

Art. 5º Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida são responsáveis:

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para o emprego da técnica de Reprodução Assistida;

II – pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Reprodução Assistida, vedando-se a transferência de sêmen doado a fresco;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a Reprodução Assistida, pelo prazo de cinquenta anos.

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Reprodução Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Sessão II desta Lei.

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados;

VI – pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente;

VII - pela obtenção de licença de funcionamento a ser expedida pelo órgão competente da administração, definido em regulamento;

Parágrafo único . As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 6º Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II – dispor de equipes multiprofissionais, recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida;

III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Reprodução Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material biológico;

V – encaminhar relatório semestral de suas atividades ao órgão competente definido em regulamento.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo será válida por até três anos, renovável ao término de cada período, desde que obtido ou mantido o Certificado de Qualidade em Biossegurança, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do Art. 15 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 3º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 4º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 5º No caso de encerramento das atividades, os serviços de saúde transferirão os registros para o órgão competente do Poder Público, determinado no regulamento.

SEÇÃO IV: DAS DOAÇÕES

Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I – não haver doado gameta anteriormente;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

§ 3º Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.

§ 4º Os gametas doados e não utilizados serão mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dos mesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora.

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no artigo anterior poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Art. 10. A escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a Reprodução Assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 11. Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipes, ou seus parentes até o quarto grau, de serviço de saúde no qual se realize a Reprodução Assistida.

Parágrafo único . As pessoas incapazes não poderão ser doadoras de gametas.

Art. 12 O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar ao órgão competente previsto no Art. 5º, incisos VI e VII, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida .

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar esse fato ao referido órgão no prazo estipulado no *caput* deste artigo.

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), na forma do regulamento.

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado em regulamento.

§ 4º Deverão constar, além dos dados referentes à identificação do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo menos uma das seguintes informações relativas à pessoa falecida:

I) número de inscrição do PIS/PASEP;

II) número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual, ou número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS;

III) número do CPF;

IV) número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor;

V) número do título de eleitor;

VI) número do registro de nascimento ou casamento, com informação do livro, da folha e do termo;

VII) número e série da Carteira de Trabalho.

SEÇÃO V: DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

Art. 14. Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Art. 15. A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.

SEÇÃO VI: DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

§ 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no parágrafo anterior estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

Art. 18. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

SEÇÃO VII: DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

Art. 19. Constituem crimes:

I – praticar a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade:

Pena – detenção, de um a três anos e multa.

II – praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado:

Pena – reclusão, de um a quatro anos e multa.

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de um a três anos e multa.

IV – fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, ou empregar esses gametas sem sua prévia autorização:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

V – deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, não as fornecer nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

VI – utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

VII – implantar mais de dois embriões na mulher receptora:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

VIII – realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

IX – produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

X – armazenar ou ceder embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contra-indicada:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

XI – deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

XII – descartar o médico embrião antes da implantação no organismo receptor:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

XIII – utilizar gameta:

a) doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe do serviço de saúde que realize a Reprodução Assistida, ou seus parentes até o quarto grau;

b) de pessoa incapaz;

c) de que tem ciência ser de um mesmo doador, para mais de um beneficiário;

d) sem que tenham sido os beneficiários ou doadores submetidos ao controle de doenças infecto-contagiosas e a outros exames complementares.

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único . Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente.

Art. 20. Constituem crimes:

I – Intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei.

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

II – Utilizar o próprio gameta para realizar a Reprodução Assistida, exceto na qualidade de beneficiário.

Pena: detenção, de um a dois anos, e multa.

III – Omitir o doador dados ou fornecimento de informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.

Pena: detenção, de um a três anos, e multa.

IV – Praticar o médico redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher.

Pena: reclusão de um a quatro anos.

V – Praticar o médico redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher.

Pena: reclusão de três a dez anos.

Parágrafo único . As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de um terço, se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte.

Art. 21. A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

SEÇÃO VIII: DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 21. Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos da Seção IV.

Parágrafo Único . Presume-se autorizada a doação se, no prazo de sessenta dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.

Art. 22. O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte.

Art. 23. O Poder Público organizará um cadastro nacional permanente de informações sobre a prática da Reprodução Assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.

Art. 24. A Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995 passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 8º-A São vedados, na atividade com humanos, os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de genotecnologia." (NR)

Art. 25. O art. 13 da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

"III-A – realizar experimentos de clonagem humana radical através de qualquer técnica de genotecnologia;" (AC)

Art. 26. Esta Lei entra em vigor cento e oitenta dias a partir da data de sua publicação. Sala da Comissão, 20 de março de 2003.

, Presidente

, Relator

PROJETO DE LEI Nº 9, DE 2004

Redação final do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 9, de 2004 (nº 2.401, de 2003, na Casa de origem), que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da CF, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança, revoga a Lei nº 8.974/95, e a MP n. 2.191-9, de 2001, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

(...)

Art. 3º Para os efeitos desta lei, considera-se:

(...)

IV - engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

VII - célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;

VIII - clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX - clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X - clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

XI - células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.

§ 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação "in vitro", conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

(...)

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização "in vitro" e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica no crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 6º Fica proibido: (...)

II - engenharia genética em organismo vivo ou o manejo "in vitro" de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III - engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV - clonagem humana;

(...)

CAPÍTULO VIII Dos Crimes e das Penas

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.