

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

RAPHAELA RODRIGUES GOMES

COLISÃO DE DIREITOS: O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA X O DIREITO À PRIVACIDADE DO  
DOADOR

FIC – MINAS GERAIS

2015

RAPHAELA RODRIGUES GOMES

COLISÃO DE DIREITOS: O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA X O DIREITO À PRIVACIDADE DO  
DOADOR

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de  
Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como  
exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Alessandra Dias Baião

FIC – CARATINGA  
2015

## RESUMO

Este trabalho tem como escopo pesquisar a evolução da família ante o intenso desenvolvimento da biotecnologia. As diversas formas de reprodução humana possibilitaram que casais que antes não podiam gerar seus filhos naturalmente, pudessem fazê-lo, artificialmente, em laboratório. Analisa-se a solução de conflitos diante da ponderação de interesses do possível conflito entre direitos fundamentais no que diz respeito às técnicas de reprodução assistida heteróloga, onde de um lado temos o doador de gametas, que tem direito de preservação do anonimato, que é direito fundamental, e do outro lado temos a pessoa gerada com base naquele material genético, que se torna titular de outro direito fundamental que é o de conhecer sua origem genética. Torna-se imprescindível aplicar a técnica de ponderação de interesses, entre o direito à identidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, com o fim de resguardar o bem jurídico mais adequado a propiciar e assegurar o direito da personalidade. Isto posto, trata-se de um conflito de direitos fundamentais que provoca discussão e indagações nos campos ético, jurídico e científico, dividindo opiniões.

**Palavras-chave:** direito à identidade genética; reprodução humana heteróloga; direito à privacidade; princípio da dignidade da pessoa humana; colisão de direitos.

*"Parte de nosso caminho é definido por nossa ancestralidade: A carga genética que trazemos define muito do que poderá ser a nossa vida. Todavia, há uma parte significativa que será definida por nossas escolhas. Somos, portanto, responsáveis por uma grande parte daquilo que chamamos de nossa história".*

*(Maurício Costa)*

## AGRADECIMENTOS

Como disse Shonda Rhimes, *“sonhos são adoráveis. Mas são só sonhos. São fugazes, efêmeros, bonitos. Sonhos não se tornaram realidade só porque você sonhou. É o esforço que faz as coisas acontecerem. É o esforço que cria mudança”*. Meus sonhos, sem dúvidas, foram sonhados por mais um bocado de pessoas, que eu não poderia deixar de citar e agradecer de alguma forma.

Obrigada Deus, pela serenidade diante dos temporais, pela força diante das lutas e pela doçura em todo o tempo; obrigada aos meus pais, porto seguro da minha vida, sopro em minhas asas e amor que eu nunca vi igual; minhas queridas irmãs, amigas de alma, certeza de apoio nas horas difíceis, sorrisos intermináveis, amor certo e infinito; À minha querida sobrinha Anna Laura pelo amor e carinho incondicionais, todos os dias, e por me fazer querer um mundo melhor e mais alegre.

Obrigada meu namorado, Henrique, pela cumplicidade, pelo amor e carinho, por me apoiar em todos os meus sonhos, e por caminhar ao meu lado. *“Lindo é quando alguém escolhe pousar ao teu lado, podendo voar. Podendo encontrar até outros ninhos, outros caminhos, escolhe ficar”*.

Quero agradecer à querida professora e orientadora Alessandra, citando Cora Coralina: *“O saber a gente aprende com os mestres e os livros. A sabedoria se aprende é com a vida e com os humildes”*. Obrigada por toda dedicação e carinho, por ensinar mais do que se vê nos livros, com doçura, sobre o direito, a vida e as pessoas.

A toda minha família, tão importante na minha jornada, gratidão por todo carinho, alegria e momentos incríveis que passamos juntos; aos amigos queridos, poucos, mas os melhores. Voltaire disse que *todas as riquezas do mundo não valem um bom amigo*, eu não tenho dúvidas de que a amizade, o carinho e apoio de vocês me fazem uma pessoa infinitamente rica!

Por fim, gratidão aos professores do conhecimento e professores da alma, a todos que contribuíram para que mais uma etapa fosse concluída com sucesso; aos colegas de sala, obrigada pela amizade, cumplicidade e força, sempre!

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
CAPÍTULO 1 - BIOÉTICA E BIODIREITO	13
1.1 Considerações sobre Bioética e Biodireito	13
1.2 Fertilização Artificial	18
1.2.1 Heteróloga	18
1.2.2 Homóloga	19
1.2.3 <i>in Vitro</i>	20
CAPÍTULO 2 - DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A PONDERAÇÃO DE VALORES	21
2.1 Direitos da Personalidade e a Dignidade da Pessoa Humana	21
2.2 Colisão de Direitos e a Regra da Ponderação de Valores Constitucionais	28
CAPÍTULO 3 - COLISÃO DE DIREITOS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA	30
3.1 Direito à Identidade Genética da Pessoa Fruto da Inseminação X Direito à Privacidade do Doador	30
3.2 Resolução do Conflito	32
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40
ANEXO	44

## INTRODUÇÃO

O tema abordado é o direito à identidade genética na reprodução assistida heteróloga *versus* o direito à privacidade do doador e a questão levantada sobre tal tema é se a pessoa gerada através de Inseminação Artificial Heteróloga tem o direito de conhecer sua identidade genética. Dessa forma objetivamos analisar o conflito entre o direito à intimidade do doador e o direito ao conhecimento à origem genética nos casos da reprodução assistida citada, além de atentar para a necessidade de legislação acerca do tema, harmonizando os direitos fundamentais conflitantes.

Se faz útil valorizar a origem biológica, sem que com isto seja preciso renunciar à família afetiva, o que torna o conhecimento à identidade genética compatível com a filiação afetiva. Além disso, esta pesquisa busca analisar os novos paradigmas das entidades familiares, sendo a afetividade um elemento necessário para formar a família. Outro ponto relevante é a pesquisa sobre como as técnicas de reprodução assistida auxiliam na formação familiar; além de analisar a proteção do anonimato do doador e o direito da pessoa gerada por esse método de conhecer sua origem genética. Propõe ainda, examinar o conflito entre direitos fundamentais, pelo viés da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de averiguar as maneiras de solucionar o litígio e pesquisar a lei, a Jurisprudência e a Doutrina, constituem os objetivos a serem alcançados.

Justifica-se a pesquisa, pela relevância do tema. Assim, há ganhos sociais, ao se tratar de um conflito entre direitos fundamentais e que atingem diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo factível a todas as pessoas que se submeterem a tais técnicas de reprodução assistida, que vêm se tornando cada vez mais comum e acessível para a sociedade. Assegura-se também o ganho jurídico, já que é assunto polêmico e inovador do biodireito, tendo o intuito de contribuir na concepção de resoluções normativas, visando diminuir impasses ante a carência de normas específicas ao se tratar de conflito entre os princípios constitucionais. Ademais, a pesquisa auxiliará no ganho acadêmico, uma vez que através das doutrinas, lei, jurisprudência e demais fontes de pesquisa o conhecimento acerca do tema e sua seara será aumentado, contribuindo para o crescimento intelectual e em futuras publicações científicas.

Ao se falar em direito à identidade genética, logo se remete ao princípio fundamental da personalidade, originário do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este orientador do ordenamento jurídico. Quando o direito ao reconhecimento da origem genética é negado, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana será lesado, pois o direito à identidade genética deve ser respeitado, permitindo sua busca, independente do estado ou não de filiação. Já que o conhecimento dessa origem tem o objetivo de resguardar a identidade genética única de cada ser humano.

Conhecer a referência biológica tem grande valia na identidade pessoal e as circunstâncias que motivam essa busca podem ser diversas, até mesmo para saber o histórico de potenciais doenças. Elementar dizer que a identidade genética é sinônimo de individualidade genética, mesmo que surja a dúvida do quanto haverá de influência na identidade pessoal ao se tornar conhecedor da origem genética.

Assim a Carta Magna, privilegiou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como norte, possibilitando o direito ao conhecimento da origem genética, mesmo para aqueles provindos de inseminação artificial heteróloga, que será a hipótese defendida neste trabalho.

Neste trabalho utilizou-se a metodologia teórico-dogmática, uma vez que utiliza pesquisa doutrinária, jurisprudência e legislação, objetivando verificar a coerência do sistema jurídico e de seus elementos. O trabalho é interdisciplinar, pois envolve ramos do Direito Civil e Direito Constitucional, porém é também transdisciplinar, já que junto ao Direito envolve a seara do Biodireito e da Bioética, através das técnicas de reprodução assistida.

Têm-se como marco teórico desta pesquisa os argumentos e fundamentos desenvolvidos por Paulo Lôbo em sua obra *Direito Civil: Famílias*. Neste sentido, levando em conta que a busca pela identidade genética tem caráter psicológico e médico, uma vez que sabida sua origem a pessoa tem conhecimento de doenças hereditárias solucionáveis por meio da compatibilidade sanguínea, este fato se torna notável para a proteção ao direito à saúde e a própria vida. Desta forma, escreveu Paulo Lôbo:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido

em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem biológica, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação biológica do filho e do pai.<sup>1</sup>

No mesmo sentido, Lôbo acrescenta:

Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos do doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos de instituição que o armazenou, para fins de direito de personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Consequentemente, é inadequado o uso de investigação de paternidade, para tal fim.<sup>2</sup>

Conflitando com esse direito à intimidade, contemplamos o direito de conhecer a origem genética, presente de maneira implícita no ordenamento jurídico pátrio, possuindo natureza de direito da personalidade, não podendo ser impedido por ninguém, tratam-se de dois direitos fundamentais, à intimidade, quanto à preservação do anonimato do doador e ao conhecimento de ascendência genética, garantindo o direito da personalidade e até o direito à vida.

O trabalho contará com três capítulos, onde o primeiro destrincha os novos paradigmas das entidades familiares; o segundo mostra o princípio do melhor interesse da criança e a filiação afetiva, ressaltando dentre os princípios fundamentais conflitantes, qual é mais importante para a criança; e o terceiro apresenta o conflito entre os princípios constitucionais quanto ao conhecimento da origem genética.

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 234 e 235

<sup>2</sup> Idem.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta sobre o possível conflito existente entre os direitos a privacidade do doador de material genético e o direito ao conhecimento de sua identidade genética para o concebido por reprodução assistida heteróloga, faz-se necessário o estudo de alguns conceitos essenciais a compreensão desta pesquisa. São eles: direito à identidade genética; reprodução humana heteróloga; direito à privacidade; princípio da dignidade da pessoa humana; colisão de direitos. Neste sentido, passamos a expor.

A dignidade da pessoa humana, tão célebre devido à sua onipresença nos institutos jurídicos de um Estado Democrático de Direito, traduz-se no respeito aos direitos fundamentais que resguardam a personalidade do homem. Há quem diga que tal princípio surgiu do pensamento cristão fraterno.

O princípio da Dignidade da pessoa humana, na dicção de Maria Berenice Dias: É o princípio maior fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado.<sup>3</sup>

Já no primeiro artigo da Constituição Federal, a preocupação com a promoção dos direitos humanos e com a justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional, não se distanciando da sua importância para a construção da identidade do indivíduo.

Sobre a identidade genética, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, ressaltam:

Deflagra-se o biológico como o primeiro fator a compor a pessoa humana, que carrega consigo o dado correspondente à herança genética. Portanto, ele é inegável na composição de sua ontologia. O direito ao conhecimento da origem genética, que ora denominamos de fundamental, traz consigo a revelação da memória genética, que pode coincidir – ou não – com a memória familiar, componente indelével da historicidade pessoal<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. RT: São Paulo, 2006. Pág.52. Disponível em <http://www.oabpr.com.br/revistaeletronica/revista03/61-76.pdf>. Acessado em 09 de junho de 2015.

<sup>4</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pág.64-65

Mister salientar que o direito à identidade faz parte dos direitos de personalidade, sendo permeado pelo melhor interesse da criança, com vistas à proteção da saúde e do desenvolvimento do menor.

Sobre este assunto, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga<sup>5</sup>.

Devido ao grande progresso da ciência é possível que aquelas pessoas que não conseguem procriar através do processo natural, independente das causas, possam alcançar o sonho de serem pais. Nessa conjuntura, a reprodução humana assistida se torna importante, em razão de ser um meio legítimo, satisfazendo o desejo do casal infértil ou estéril. Surge, no entanto, uma polêmica relativa à inseminação heteróloga, onde de um lado está o direito à preservação da identidade do doador de gametas, e do outro o direito à identidade genética, ambos constitucionalmente protegidos.

Foi a partir de 1988, com a Constituição Federal, que o padrão estigmatizado e dogmático de família foi rompido, que tinha como condição o casamento civil, e passou a considerar, através de um entendimento pluralista que ela prevê, diversas formas de família que estão inseridas na sociedade, mas que não eram consideradas como tal, já que não tinham reconhecimento jurídico. Com esse cenário, a desbiologização da paternidade<sup>6</sup> aguçou o interesse quanto às relações de parentesco, onde inúmeras pesquisas científicas apresentaram soluções inimagináveis, como por exemplo, a técnica medicamente assistida, para aqueles que não podem procriar convencionalmente.

---

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 231

<sup>6</sup> VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, Pág.401-419, 1979.

De acordo com a origem do material genético usado, tais técnicas podem ser feitas em duas circunstâncias, homóloga ou heteróloga<sup>7</sup>, entretanto a heteróloga causa alguns conflitos, pois para ser realizada necessita da participação de uma terceira pessoa, que doa o material genético. É assegurado ao doador o seu anonimato, ou seja, a identidade deste não poderá ser divulgada para quem recebe o material ou até para o ser humano gerado através deste.

Cecília Cardoso Silva Magalhães Rezende destaca:

A inseminação artificial heteróloga, além de utilizar-se de material genético de um doador, terceiro a um casal, lida principalmente com a vida de uma criança que está para ser gerada e que posteriormente irá se relacionar com sua família e a ela criar vínculos afetivos. É exatamente por estes vínculos, que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre protegida e respeitada, pois futuros questionamentos quanto sua origem genética e biológica são hipóteses naturais de todo ser humano.<sup>8</sup>

Mesmo com a imensurável mutação, a legislação brasileira até então está descompassada com os avanços biotecnológicos, referente à reprodução humana assistida, já que não há previsto resoluções jurídicas para os casos que vêm se tornando corriqueiros e não estão regulamentados no ordenamento jurídico. Importante ressaltar que essa dificuldade não se encontra apenas na legislação brasileira, bem como em diversos países.

Para analisar minuciosamente tal conflito é necessário que se entenda os conceitos e as principais técnicas de reprodução humana assistida, os aspectos jurídicos desinentes de tais técnicas, bem como o posicionamento da doutrina sobre o anonimato do doador e o direito de conhecer a origem genética, desvinculando-o do Direito de Família, e fundamentando sua natureza de direito da personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana. Na inseminação artificial heteróloga, percebemos de um lado o doador que tem o intuito de ajudar no andamento procriativo, desde que seja anônima a sua participação, preservando sua intimidade, já que doa com a finalidade solidária e não tem a pretensão de criar vínculo afetivo ou jurídico com o ser gerado. Por outro lado, percebemos a criança que pode reivindicar a efetivação do direito fundamental ao conhecimento de sua

---

<sup>7</sup> COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. Oselka, Gabriel. Garrafa, Volnei. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

<sup>8</sup> RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As Questões Jurídicas da Inseminação Artificial Heteróloga**. Portal e-gov, UFSC. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga>. Acessado em 01 de maio de 2015.

origem genética, por isso se faz importante o estudo deste conflito analisando os novos paradigmas das entidades familiares no ordenamento jurídico brasileiro e também as consequências de tais técnicas para as estruturas familiares.

No livro *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*<sup>9</sup>, o autor Daniel Sarmiento indica dois pressupostos para ponderação de interesses, quais sejam verificar se tais princípios constitucionais são de fato conflitantes para solucionar o caso, ou se existe a possibilidade de compatibilizá-los, e na hipótese de se constatar que se confrontam, o intérprete deve impor compressões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, com a intenção de alcançar um ponto ótimo, onde a limitação a cada interesse seja a menor possível para sua convivência com o outro. Por isso se faz necessário analisar os parâmetros racionais e controláveis, devendo o intérprete fazer uma acareação do peso genérico, de cada um dos interesses envolvidos, na Constituição. Este peso é somente indicativo ao peso específico, que só poderá ser estabelecido de acordo com o problema concreto a ser solucionado, dependendo da intensidade de acometimento dos interesses tutelados por cada um dos princípios em colisão.

Destarte, quanto maior o interesse específico, menor será o nível de restrição ao interesse protegido, devendo tais restrições ser arbitradas ante a aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista sua tríplice dimensão: adequação (a restrição de cada um dos interesses deve garantir a sobrevivência do outro); necessidade (tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto); proporcionalidade (o benefício deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico).

Conflitando com esse direito à intimidade, contemplamos o direito de conhecer a origem genética, presente de maneira implícita no ordenamento jurídico pátrio, possuindo natureza de direito da personalidade, não podendo ser impedido por ninguém, tratam-se de dois direitos fundamentais, à intimidade, quanto à preservação do anonimato do doador e ao conhecimento de ascendência genética, garantindo o direito da personalidade e até o direito à vida.

---

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

# 1. BIOÉTICA E BIODIREITO

Após considerarmos a introdução e a explanação de conceitos essenciais à compreensão desta pesquisa, neste capítulo trataremos sobre a bioética e o biodireito. Vistas as inovações tecnológicas, sobretudo no campo da medicina reprodutiva, indagamos sobre os limites éticos para pesquisas e utilização de técnicas diversas com seres humanos.

Onde a moral e os costumes procuram trazer a reflexão ao direito, a ética surge para impor uma postura regulatória às mudanças de comportamento do homem de sorte a protegê-lo de si mesmo. Neste ponto, emerge o biodireito que assegura os direitos dos indivíduos em utilizar as inovações tecnológicas mas de acordo com o aparato legal dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

## 1.1 Considerações sobre Bioética e Biodireito

A Bioética e o Biodireito estão intimamente interligados. Ambos tratam de questões que foram surgindo conforme a ciência foi oferecendo opções à sociedade no que diz respeito a situações onde anteriormente não se pensava. A bioética refere-se à ética necessária no trato de questões como fertilização artificial, utilização de células tronco, eutanásia, dentre outros; enquanto o biodireito aborda o fator legal relativo às questões supracitadas.

Para Juliane Fernandes Queiroz, define-se bioética como:

Uma ciência multidisciplinar (medicina, biologia e outras ciências afins) que tem, por objetivo, o estudo das consequências derivadas do desenvolvimento e das aplicações das ciências biomédicas para o ser humano em todo seu processo vital (origem e fim) propondo o marco de sua licitude ética e jurídica.<sup>10</sup>

Os conceitos intrínsecos à bioética relacionam entre a evolução da ética no decorrer dos tempos e sua compreensão atual e aquilo que a ciência oferece à sociedade como solução para limitações e doenças que ainda não possuem solução convencional.

---

<sup>10</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. Pág. 68.

De acordo com Edison Tetsuzo Namba, o termo bioética foi citado pela primeira vez no ano de 1971 em pesquisa realizada por Van Renssealer Potter, que afirmava que “a finalidade da bioética é auxiliar a humanidade no sentido de participação racional e cautelosa, na evolução biológica”<sup>11</sup>.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, a respeito da bioética, assevera que:

A partir desta concepção inaugural, perpassando pela medicina, a bioética, gradativamente, principia por ser recepcionada pela antropologia, sociologia, filosofia, engenharia genética, direito, dentre outras áreas. As designadas biotecnologias aceleram a explosão da bioética, neste linear de um novo milênio<sup>12</sup>.

Edison Tetsuzo Namba prossegue afirmando que não há como negar a importância da bioética na sociedade atual, mas que não há facilidade em compreendê-la, já que seu foco não é somente a saúde, a ética e a sociedade, mas todos em conjunto. Dentro dessa assertiva, ele define os princípios da bioética, que são:

- Imparcialidade: deve-se respeitar as crenças e as escolhas das pessoas, quaisquer sejam seus pontos de vista;
- Beneficência: que nada mais é do que reduzir o risco de danos, aumentando os benefícios;
- Justiça: a não ser que haja uma diferença relevante, as pessoas devem ser tratadas da mesma maneira<sup>13</sup>.

Os preceitos da bioética tramitam entre questões muito arraigadas na sociedade, como por exemplo, a questão cultural, ou religiosa ou de costumes praticados por todos ou por grupos isolados.

Diante do anteriormente exposto, pode-se compreender que a questão ética é indispensável nas questões concernentes à medicina e à vida do ser humano. No entanto, muitas discussões se levantam sobre os pontos abordados pela bioética, sobre o que é ou não ético, lícito e justo.

---

<sup>11</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo, Atlas, 2009. Pág. 08.

<sup>12</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e Biodireito**. São Paulo, PUC, 2002. Pág. 26. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/BIODIREITO%20CONCEITO.pdf>. Acessado em 15 de abril de 2015.

<sup>13</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo, Atlas, 2009. Pág. 08.

Juliane Fernandes Queiroz trata desse assunto, dizendo:

Muito embora não seja fácil fazer uma exata delimitação concreta do que é lícito, por causa das várias antropologias, está se esboçando um consenso de fundo, no Ocidente, precisamente na linha de defesa do homem contra intervenções de manipulação em contradição com os valores reconhecidos tanto pelas grandes tradições religiosas como pelas seculares. A barreira levantada por unanimidade contra a clonagem do ser humano constitui um exemplo claro desse consenso<sup>14</sup>.

Assim sendo, compreende-se que existe uma necessidade de se tratar estes conceitos com certo cuidado e bom senso, haja vista que podem ser compreendidos e interpretados de maneiras diferentes, de sociedade para sociedade. Não se pretende criticar o avanço científico e os benefícios que estes trazem, nem mesmo ignorar as questões éticas e morais, mas sempre buscar uma solução racional e mediadora.

Como forma de respaldo à bioética, encontra-se o biodireito. É comum imaginar que o biodireito seja como a intervenção do direito nas questões científicas ligadas à vida do ser humano.

Nesta linha, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira destaca:

Com efeito, realmente, torna-se inarredável a intervenção do direito no campo das biotecnologias e biomédicas, considerando a gama de valores a merecer tutela jurídica capaz de equilibrar de um lado as portentosas “descobertas” científicas, e de outro o emprego de tais descobertas pela biomedicina, sem violar direitos, muitos dos quais, devidamente protegidos, como por exemplo, vários dos que integram o rol dos direitos da personalidade.<sup>15</sup>

No entanto, Edison Tetsuzo Namba aborda a questão de maneira diversa ao pensamento anterior:

Deve-se desvincular o direito da bioética, a qual serve mais a uma finalidade política: usada para fazer prevalecer o entendimento religioso ou laico. O discernimento na escolha de uma forma mais inovadora na concepção de um ser humano; para correção de anomalias genéticas; e

<sup>14</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. Pág. 69.

<sup>15</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e Biodireito**. São Paulo, PUC, 2002. Pág. 28. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/BIODIREITO%20CONCEITO.pdf>. Acessado em 15 de abril de 2015.

para a cura de seus males não pode ser tolhido, sob pena de se restringir a liberdade científica<sup>16</sup>.

Percebe-se um campo de ampla discussão, seja pelo âmbito religioso ou científico, pois os preceitos envolvidos na questão da bioética e do biodireito são bem difusos.

O que se pode observar, é que não são poucas as dificuldades envolvidas na normatização jurídica de questões relacionadas à bioética. Uma maneira de se exemplificar tal afirmação é a relação existente entre o tempo de construção e adaptação das normas jurídicas e o ritmo acelerado em que tem surgido os avanços científicos e biotecnológicos. Outro ponto interessante a se destacar é a dificuldade de se legislar no concernente aos temas novos, complexos e que possam gerar muita controvérsia, envolvendo novas práticas.

Neste sentido é evidente a importância da aplicação de critérios baseados na ética, em princípios o mais atemporais possível, no intuito da construção de um parâmetro que oriente o debate público e a elaboração de um ordenamento jurídico nacional, até mesmo com base em declarações internacionais específicas, para que sejam tomadas decisões nos casos concretos.

Não há como se separar o direito do âmbito da ética, e é dessa compreensão que se norteia o biodireito, que é fundamentado em princípios éticos gerais como forma de legitimação. Outrossim, a relação estabelecida entre direito e ética é indispensável. Por meio das reflexões, análises e discussões originadas no campo da ética, posturas de cunho crítico, que se apresentem contrários a posicionamentos dogmáticos e absolutos, é que se dá o desenvolvimento do Biodireito.

Analisando os dizeres de André Grisani:

A nova faceta criada pela biotecnociência, levou a ética e o direito a terem uma vigorosa reação diante do valor-fonte, a dignidade da pessoa humana. Embora seja objeto das constituições contemporâneas, a dignidade da pessoa humana já era protegida por constituições mais antigas como o Mandarim Chinês e a Constituição Mexicana. Nossa Constituição Federal de 1988, no art 5º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos (direitos fundamentais, isso não significa que essa liberdade seja absoluta e não reserve limitações. Indagações surgidas do forte impacto social provocado pelos problemas decorrentes das inovações das ciências

---

<sup>16</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo, Atlas, 2009. Pág. 11

biomédicas e suas perplexidades, dá-se ao fato do grande progresso científico que vem alterando a maneira de agir da medicina tradicional.<sup>17</sup>

Com o crescimento do atendimento médico, ocorreu uma mudança nos padrões de conduta e nas relações existentes entre médico e paciente. A universalização da saúde e a progressiva medicalização da vida, não dispensa a necessidade de um padrão moral que deva ser compartilhado por pessoas de diferentes moralidades, são desafios para o biodireito.

Neste âmbito, faz-se necessária a imposição de limites à medicina moderna, com foco no reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, onde se estabelece um vínculo com a justiça e as liberdades individuais.

Ainda em seu discurso, André Grisani preconiza:

A esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, referente à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. O biodireito, reconheço como nova modulagem de quarta geração, que tem por objeto examinar os efeitos das pesquisas biológicas<sup>18</sup>.

O que se espera é uma humanização científica da lei, levando em consideração a impossibilidade de se desvincular o direito das ciências da vida. No que tange à bioética e ao biodireito, o que se ressalta é o avanço científico sem que haja prejuízo à dignidade da pessoa humana. Quando se fala em fertilização, tanto a engenharia genética, a embriologia quanto a biologia molecular possuem limites éticos e jurídicos.

---

<sup>17</sup> GRISANI, André. **Bioética e Biodireito**. Revista eletrônica Intertemas. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/30/31>. Acessado em 25 de abril de 2015.

<sup>18</sup> Idem.

## 1.2 Fertilização Artificial

Compreende-se inseminação artificial como uma técnica de reprodução assistida por médicos, que tem como função, por meio mecânico, depositar o sêmen, ou o feto, no aparelho reprodutor feminino.

A fertilização artificial é um meio de auxiliar mulheres e homens com problemas de fertilidade, ou casais homossexuais, e mulheres solteiras a conseguirem procriar, tendo um filho com seu DNA. Juliane Fernandes Queiroz trata a fertilização artificial e destaca:

As novas tecnologias reprodutivas foram desenvolvidas para sanar o problema da infertilidade que sempre assombrou a humanidade, contudo, elas não tratam a infertilidade, apenas a compensam. Paradoxalmente, as técnicas existem não para curar a infertilidade, mas sim para gerar um filho em quem não pode procriar<sup>19</sup>.

Diante do exposto, a fertilização artificial busca auxiliar na reprodução, não resolver problemas de fertilidade. Na atualidade são utilizadas diversas técnicas que viabilizam a fertilização de pessoas com problemas para engravidar. Este item aborda especificamente as formas mais comuns de fertilização.

### 1.2.1 Heteróloga

A reprodução assistida é um meio que visa solucionar os casos de infertilidade, ou seja, a incapacidade de fecundação, seja por disfunções orgânicas ou funcionais, não possibilitando a geração de descendentes, provocando a facilitação ou substituição de uma das etapas do ciclo reprodutivo.

Fernanda de Souza Moreira trata da inseminação artificial heteróloga como:

Uma técnica de reprodução artificial cujo papel é o de auxiliar na resolução dos problemas de fertilidade. Significa a união do sêmen ao óvulo por meio não natural de cópula, cujo o objetivo é a gestação, substituindo ou facilitando alguma etapa que seja deficiente no processo reprodutivo normal<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. Pág. 69.

<sup>20</sup> MOREIRA, Fernanda de Souza. **O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passivado Doador Na Inseminação Artificial Heteróloga: Uma Colisão de Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 15, abr/mai de 2015.

Já Juliane Ferraz Queiroz aborda a inseminação heteróloga como:

Técnica de reprodução que se utiliza do sêmen doado por um terceiro, que não o marido. Nessa busca incessante, o ato da procriação acabou por se separar do ato da paternidade em si. A concepção realizada por terceiro, através de doação de esperma, dissocia os dois atos, causando um desmembramento da própria paternidade. Se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídico, biológico e socioafetivo, na inseminação heteróloga não haverá convergência entre eles. Nessas situações, o marido é o pai jurídico, mas não o pai biológico, e só será pai sócioafetivo se assumir a criação da criança com verdadeiro sentimento<sup>21</sup>.

Inicialmente, pode-se compreender que na inseminação heteróloga, a concepção é feita por meio de esperma de um doador, mas que não tira do marido o direito de ser o pai da criança, se assim o quiser.

### 1.2.2 Homóloga

A utilização de métodos de reprodução assistida pode ser utilizada por casais que contraíram matrimônio ou vivem em união estável, sem, contudo, precisar de doação de sêmen de um terceiro.

Na inseminação homóloga, de acordo com Rolf Madaleno:

Utiliza sêmen do próprio marido e óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com ajuda instrumental. É a técnica pacificamente aceita pela sociedade, pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica. Diante da presunção conjugal da paternidade na inseminação artificial homóloga, o inciso III do art. 1.597 do Código Civil de 2002 estabelece que a impossibilidade de relação carnal deixa de ser causa de exclusão da paternidade no matrimônio.<sup>22</sup>

Pelo supracitado, na inseminação homóloga, o marido tem como ser o doador do esperma, mas durante o processo de relação sexual convencional não há como se fazer a concepção, por isso o auxílio médico em colocar os espermatozoides no canal vaginal ou no útero da mulher para que seja formado o embrião.

---

<sup>21</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. Pág. 70.

<sup>22</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. Pág. 489.

Neste caso, o marido é o pai biológico e socioafetivo, já que a decisão pela inseminação é feita pelo casal, e aceita de forma ampla pela sociedade, não permanecendo impasse jurídico.

### **1.2.3 *in Vitro***

A fertilização *in vitro* é popularmente conhecida como “bebê de proveta”. É uma técnica muito utilizada, que ganhou espaço no final dos anos de 1970 e que a fecundação é feita no laboratório e o embrião é colocado dentro do útero da mulher.

Rolf Madaleno destaca:

A expressão fecundar está posta no sentido de transmitir uma semente, fertiliza-la, torna-la fecunda, e seu procedimento consiste em reproduzir com técnicas de laboratório, o processo de fecundação do óvulo, normalmente desenvolvido na parte superior das trompas de falópio. Esta técnica reproduz artificialmente, num tubo de ensaio, o ambiente das trompas de falópio, local propício para a fertilização natural, prosseguindo até a transferência do embrião para o útero materno<sup>23</sup>.

Pelo explanado, a fertilização *in vitro* pode ser feita com sêmen de doador desconhecido ou do marido (parceiro) da mulher. É uma técnica que pode ser utilizada por mulheres casadas, em relacionamento estável e casais homoafetivos.

---

<sup>23</sup> MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. Pág. 489.

## **2. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A PONDERAÇÃO DE VALORES**

O intermeio traçado neste capítulo com base no direito civil-constitucional aborda a questão dos Direitos da Personalidade e da Dignidade da Pessoa Humana. Estes preceitos aqui em questão são reforçados no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para que as relações impostas pela vida em sociedade não firam os direitos dos cidadãos, há de se respeitar os direitos fundamentais, principalmente o que diz respeito à personalidade e à dignidade.

Entre o campo civil e constitucional faz-se necessária uma ponderação de valores, para se discutir a personalidade e a dignidade da pessoa humana e como elas estão ligadas.

A intermediação do direito civil e constitucional se baseia nas mudanças que surgiram com a Constituição Federal, que trouxe uma importante constitucionalização do direito privado.

Sobre a regra de ponderação, Alexandre de Moraes destaca:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores<sup>24</sup>.

A utilização da regra de ponderação e o caráter do direito Civil-constitucional seguem abordados nos demais itens do capítulo.

### **2.1 Direitos da Personalidade e a Dignidade da Pessoa Humana**

Com o advento da Constituição da República de 1988, passou-se de forma efetiva à proteção dos direitos da personalidade, sendo eles colhidos, tutelados e

---

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pág.58

sancionados, com base na adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial da personalidade, expressos no art. 5º, X, que diz:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>25</sup>.

Tanto o ordenamento jurídico quanto a doutrina, foram reconhecendo aos poucos certas prerrogativas inerentes à pessoa humana, dentre elas o direito da personalidade, de mesma maneira que a jurisprudência vem dando proteção a esses direitos.

No que tange aos direitos da personalidade, estes são tão valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica quanto àqueles destacáveis da pessoa de seu titular, fato que faz com que sua existência tenha sido divulgada com base no direito natural, entre os quais se destacam o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.

Caio Mário da Silva Pereira, destaca pontos importantes com relação aos direitos da personalidade:

A ideia de personalidade está diretamente ligada à de pessoas, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica.

(...)

Como o ser humano é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que toda pessoa é dotada de personalidade. Mas não se diz que somente a pessoa, individualmente considerada tem esta aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para realização de uma finalidade econômica ou social<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2015.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 26ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013. Pág. 181.

Analisando o supracitado, a personalidade é inerente a todas as pessoas, e por isso faz parte dos direitos fundamentais do indivíduo, contribuindo para a Dignidade da pessoa.

Analisando o Código Civil de 2002 percebe-se o reforço da ideia de pessoa e dos direitos da personalidade inerentes a ela. De acordo com Miguel Reale:

A pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais, como bem soube ver Ives Gandra da Silva Martins. Segundo os partidários do Direito Natural clássico, que vem de Aristóteles até nossos dias, passando por Tomás de Aquino e seus continuadores, os direitos da personalidade seriam *inatos*, o que não é aceito pelos juristas que, com o Renascimento, secularizaram o Direito, colocando o ser humano no centro do mundo geral das normas ético-jurídicas. Para eles trata-se de *categorias históricas* surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento. Não cabia ao legislador da Lei Civil tomar partido ante essas divergências teóricas, ainda que fazendo referência também ao Direito Natural Transcendental, na linha de Stammler ou de Del Vecchio.<sup>27</sup>

Pelo exposto, compreende-se que o direito de personalidade é intimamente ligado a um valor fundamental, a partir do próprio corpo, condição essencial para sobrevivência do indivíduo.

Como condição essencial para sua existência, o corpo do indivíduo é algo do seu próprio domínio, do qual pode dispor, conforme sua vontade, exceto por intervenção médica, quando esta causar redução da integridade física ao indivíduo ou contrariar costumes, pontos éticos e a própria lei.

Caio Mário da Silva Pereira destaca que a personalidade começa com a vida, dizendo:

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolavelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o ser humano é dotado de personalidade. O problema do seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência da pessoa humana, confundindo-se numa só resposta para ambas as perguntas.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> REALE. Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acessado em 09 de abril de 2014.

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 26ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013. Pág. 183.

Portanto, a personalidade se inicia com a vida e dura por toda ela. A disposição do corpo, de doação de órgãos e fluídos (como espermatozoides, por exemplo), deve ser decidida durante a vida do indivíduo para que se possa fazer utilização após a morte.

Conforme o Código Civil de 2002, a disposição do corpo, com objetivo científico ou altruísta, é realizada após a morte, desde que o indivíduo não seja constrangido ou obrigado a fazê-lo, ou que sua vida não seja posta em risco, tratamento médico ou intervenção cirúrgica se assim não se dispuser.

Dentro do quesito personalidade, ainda encontra-se a proteção do nome do indivíduo. Assim sendo, o nome, prenome e sobrenome da pessoa não devem ser expostos, mesmo que não haja má fé, nem mesmo utilizado publicamente em propaganda comercial sem prévia autorização.

Com base no exposto, há duas acepções para o termo personalidade:

Na primeira acepção, é atributo jurídico conferido ao ser humano e a outros entes (pessoas jurídicas), em virtude do qual se tornam capazes, podendo ser titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas. A pessoa, por ser dotada de personalidade, é o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas. Na segunda acepção, a personalidade é um valor, “valor fundamental do ordenamento jurídico e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência da tutela”<sup>29</sup>.

Não podendo ser de outra maneira, a personalidade está intimamente ligada à pessoa, e seus atributos são reconhecidos no mundo jurídico no sentido de universalidade, quer dizer, é um direito de todos sem qualquer distinção de sexo, idade, condição social, ou mesmo de que tenha nascido ou que ainda esteja no ventre materno, até mesmo aqueles que se encontram em espera nos laboratórios, aguardando serem destinados, como é o caso dos embriões.

Os preceitos da personalidade são de suma importância e estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 declara a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, onde se pode encontrar:

---

<sup>29</sup> PERLINGIERI, *apud* FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. – 12. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008, Pág.121/122.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>30</sup>

Pode-se dizer que os direitos da personalidade são os inerentes à personalidade do indivíduo, sendo um atributo essencial à sua constituição, como o direito à liberdade, à livre iniciativa, na forma da lei. Neste interm destaca-se que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu 1º artigo, a dignidade da pessoa humana, tendo como foco a vida, a integridade física e as condições básicas de vida para o cidadão, com o maior nível de dignidade possível.

Dentro dos princípios que regem a vida em família, está o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Maria Helena Diniz<sup>31</sup> aduz que dos princípios constitucionais este é o mais amplo, pois garante o desenvolvimento aos membros da família, sendo seus anseios atendidos, além, é claro, da garantia educacional aos filhos.

Quando o assunto é a dignidade da pessoa humana, esta originou-se com base no estoicismo e no cristianismo<sup>32</sup>. De acordo com Ana Paula de Barcellos<sup>33</sup>:

A mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. Mais que isso, a mensagem de Cristo enfatizava não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro – [...] –, despertando os sentimentos de

<sup>30</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 07 de março de 2014.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>32</sup> Para o estoicismo, a dignidade foi compreendida como uma característica para distinguir o ser humano dos demais seres vivos. Para o Cristianismo essa ideia é reforçada não apenas como característica inerente do ser humano, mas devido à imagem e semelhança do homem com Deus. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf). Acessado em 01 de junho de 2015.

<sup>33</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

solidariedade e piedade para com a situação miserável do próximo, que estarão na base das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência.

Pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana tomou forma e passou a vigorar como um dos direitos fundamentais do ser humano.

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, Alexandre de Moraes acentua:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>34</sup>.

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

A respeito do princípio da igualdade, Pedro Lenza preconiza que:

O art. 5º. Caput consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades<sup>35</sup>.

Pelos dizeres de Francisco Filipe Fernandes Cavalcante Xavier:

Toda pessoa, como um ser racional, possui valores os quais não podem ser mensurados economicamente e não podem ser substituídos, pois são esses valores que tornam cada ser humano único dentro da sociedade e do mundo. A dignidade humana, como sendo um desses valores, funciona como se fosse um DNA de cada ser, individualizando-o dentro do universo.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 22

<sup>35</sup> LENZA Pedro, **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed.rer. atual. ampl. – São Paulo : Saraiva 2010. Pág.751

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, III, elencou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos<sup>36</sup>.

O valor intrínseco que pertence a cada ser humano, a partir da legislação brasileira, passou a ser respeitado por toda a coletividade. Desta forma, a dignidade da pessoa humana se embasa não somente na razão de ser do indivíduo em si, mas naquilo que faz com que o homem se diferencie dos outros seres vivos.

A construção do conceito deste estudo se dará com base na matriz de Kant, onde se pode compreender que:

Por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>37</sup>.

Por haver uma íntima relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, é preciso estabelecer-se um conceito que atenda os dois aspectos citados.

Sabe-se que o Estado pode agir de duas maneiras: negativamente, de forma passiva, não evitando as agressões contra os direitos do indivíduo; ou positivamente, de forma ativa, buscando a promoção de ações concretas que visem coibir as agressões e na elaboração de meios que venham proporcionar uma condição digna de vida a todos, cumprindo o projeto constitucional.

Portanto, aborda-se em seguinte a colisão dos direitos fundamentais aqui descritos, e a regra de ponderação de valores para dissolução dos conflitos dos referidos princípios.

---

<sup>36</sup> XAVIER, Francisco Filipe Fernandes. **O Princípio da Dignidade Humana e o Direito de Recusa das Testemunhas de Jeová**. Revista Eletrônica Dike, 2011. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Dignidade-Humana-Testem-Jeova-Felipe.pdf>. Acesso em

<sup>37</sup> KANT, I. **Fundamentação Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

## 2.2 Colisão de Direitos e a Regra da Ponderação de Valores Constitucionais

Com a promulgação da Constituição em 1988, os princípios constitucionais passaram a ser compreendidos como uma síntese de valores, com base no ordenamento jurídico. São o espelho de uma ideologia da sociedade, com postulados básicos e fins, buscando dar uma harmonia, reduzindo tensões normativas.

Neste sentido, destaca-se que a aplicabilidade do Direito não é apenas um ato de conhecimento, mas também um ato de vontade, ou seja, é uma escolha de aplicação dentro das possibilidades existentes para cada caso, com base nos princípios.

Faz-se necessário compreender que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, mas podem encontrar limites frente a outros direitos fundamentais, que também foram consagrados pelo constituinte de 1988.

Quando da colisão dos direitos fundamentais deverá utiliza-se a aplicação do princípio constitucional fundamental da proporcionalidade, com vistas de conceder uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, com base em jurisprudências que apresentem soluções para os interesses dos envolvidos no caso concreto.

José Sérgio da Silva Cristovam destaca:

Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento<sup>38</sup>.

Pode ser considerada como colisão autêntica de direitos fundamentais quando um indivíduo não pode exercer seu direito, pois este colide com o direito de outro. O juízo de ponderação se dará não no que tange à validade, mas no conflito de regras.

Lorena Duarte Santos Lopes assevera:

---

<sup>38</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010. Pág.09

Os conflitos surgem em razão dos direcionamentos opostos de cada um desses princípios, uma vez que o direito a informação, a liberdade de expressão seguem o caminho da transparência, da livre circulação de informação, já os direitos da personalidade, orientam-se no caminho da tranquilidade, do sigilo, da não exposição. Independente da solução a ser adotada nesses conflitos sempre existirá a restrição, por vezes total, de um ou dois valores. Posto que, todas as circunstâncias envolvendo colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, dependendo para se determinar o rumo a ser seguido das informações do caso concreto e dos argumentos fornecidos pelas partes envolvidas. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de se ponderar para se chegar a solução do conflito<sup>39</sup>.

De acordo com Daniel Sarmento:

Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais<sup>40</sup>.

De acordo com o citado anteriormente, quando do conflito de dois direitos reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, aquele que tiver menor peso, analisando-se as circunstâncias e condições relativas ao caso concreto, este abdicará ao de maior valor.

Deve haver uma ponderação entre direitos constitucionais, e esta é uma das tarefas das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional, de forma coesa. Isto posto, compreende-se que é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, quanto à observância da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, não se deixando de lado a solução de conflitos entre direitos fundamentais amparados pela Constituição.

---

<sup>39</sup> LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de Direitos Fundamentais**: Visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11242](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242).  
Acessado em 23 de maio de 2015.

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

### **3. COLISÃO DE DIREITOS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**

A Biotecnologia tem avançado muito nos últimos anos, proporcionando aos casais acesso a diversas técnicas de reprodução assistida, como meio para resolver problemas de fecundação e infertilidade. Diante de tantas técnicas, destaca-se aqui a reprodução assistida heteróloga, onde são utilizados gametas doados por um terceiro, anônimo, para que se possa fazer a fecundação.

Neste caso, há de se considerar duas posições antagônicas: na primeira posição encontra-se o doador anônimo dos gametas, que oportunizará a viabilização do projeto parental, sem que haja entre eles o vínculo. Por outro lado, na segunda posição que se encontra, há uma criança, que foi fruto de uma reprodução assistida heteróloga, que no futuro pode desejar conhecer sua ascendência genética e estabelecer vínculos com esse doador anônimo.

Diante disto, depara-se com um conflito de direitos fundamentais, que é: o direito à intimidade do doador e o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo resultante da aplicação da técnica de reprodução heteróloga. Este capítulo busca explicar tal conflito.

#### **3.1 Direito à Identidade Genética da Pessoa Fruto da Inseminação X Direito à Privacidade do Doador**

Compreende-se que tanto o direito à intimidade quanto o direito ao conhecimento da ascendência genética são direitos fundamentais da personalidade protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Fábio Ulhoa Coelho preconiza que:

A cada pessoa física liga-se não somente um nome, que a identifica, mas também um conjunto de informações. São dados que estimulam a composição da imagem da pessoa a que se referem. Não há homem ou mulher a que não se liguem informações pessoais, de maior ou menor interesse para os outros<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Volume 1. São Paulo, Saraiva: 2012. Pág.206

Algumas dessas informações relacionadas à vida do ser humano devem ser preservadas. Cita-se o direito à intimidade do doador dos gametas, que é previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, X, que determina a inviolabilidade da intimidade, o direito à vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

De acordo também com a Resolução nº. 1.957/10<sup>42</sup> do Conselho Federal de Medicina - CRM fica protegido o anonimato do doador na reprodução assistida heteróloga, onde os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Assim sendo, existe a garantia de que o doador ou doadora de gametas tem o direito de sigilo quanto a este procedimento, tendo sua intimidade preservada. Em uma posição encontra-se o direito ao anonimato do doador na aplicação de técnica de reprodução assistida heteróloga, em outra, defende-se o direito do indivíduo de conhecer sua precedência genética.

Neste sentido, Anderson Schreiber assevera:

Ainda no campo dos dados genéticos, tem suscitado aceso debate o confronto entre direito à privacidade e o direito ao conhecimento da origem biológica. Diante da evolução científica, ter conhecimento da própria genética tornou-se uma aspiração não apenas possível, mas importantíssima para a realização plena do ser humano. O direito ao conhecimento da origem genética passou mesmo a ser incluído por parte da doutrina e da jurisprudência entre os direitos da personalidade, atraindo, com isso, as características inerentes à categoria<sup>43</sup>.

No entanto, há de se considerar que o direito ao anonimato do doador também é protegido, já que o direito à intimidade é um desdobramento dos direitos fundamentais, que visa garantir a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, os interesses tanto do doador quanto do indivíduo produto da reprodução assistida heteróloga, estão garantidos no texto constitucional, deparando-se, assim, com um confronto de direitos fundamentais.

Quando se fala em confronto de direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

---

<sup>42</sup> Resolução 1.957/10. Resolução do Conselho de Medicina. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em:

[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acessado em 25 de maio de 2015.

<sup>43</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo, Atlas: 2013. Pág.176-177.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as consequências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco – a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade - de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina<sup>44</sup>.

Conforme o supracitado, há de se considerar que os direitos fundamentais não são considerados maiores ou menores, e no caso de conflito ou confronto entre eles é necessário que o intérprete da lei veja a dimensão e o peso da decisão que será tomada conforme a interpretação da lei.

### 3.2 Resolução do Conflito

De acordo com o ordenamento jurídico pátrio, considera-se que a pessoa seja o principal valor protegido, sendo que o valor da pessoa humana é própria razão de ser do ordenamento, e, portanto, a motivação da existência das normas para proteger a pessoa e a sua dignidade.

É importante compreender que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana imposta não somente para sanar conflitos de direitos fundamentais, mas pelo fato dele próprio ser o apoio para os direitos fundamentais que constam no Título II da Carta Magna, dando unicidade e coerência a este.

Seguindo o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, encontra-se:

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico conflito de direitos<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pág.122.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001. Pág.1229.

Quando ocorre a colisão de direitos fundamentais de maneira que o âmbito da proteção de um invade o âmbito da proteção do outro, deve-se procurar solucionar optando pelo direito que mais proteja a dignidade da pessoa humana, já que os direitos fundamentais são normas que não admitem exclusão, por serem consideradas cláusulas pétreas, de acordo com o que está descrito na Constituição Federal, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, que diz que “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais<sup>46</sup>.”

Com vistas ao exposto, quando se trata da eficácia dos direitos fundamentais, esta assume lugar de destaque no que tange ao princípio da proporcionalidade e da harmonização dos interesses, compreendendo-se que o limite seja reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, que é considerado foco principal de toda a ordem constitucional.

No caso da colisão que ocorre diante da utilização de técnica de reprodução assistida heteróloga, para decidir se o interesse que deve prevalecer é o do indivíduo gerado ou do doador dos gametas, é preciso que se analise cada situação, sempre focando qual situação analisada dará maior proteção à dignidade da pessoa humana.

Em outro diapasão, a colisão de direitos pode ser resolvida de acordo com a dimensão de peso. Quando dois direitos se confrontam, ou seja, um direito permite enquanto o outro proíbe. Neste caso, um dos dois tem que ceder, já que um limita a possibilidade jurídica do outro. Este movimento pode ocorrer de forma parcial ou total<sup>47</sup>.

Quando se trata de confronto de direitos fundamentais, mais especificamente o direito à origem genética do indivíduo como proteção ao direito a vida em contraposição ao direito à intimidade como maneira de preservar a identidade do doador dos gametas, deve-se considerar a proteção da vida humana embasada em valores de liberdade e dignidade, visando a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido a dignidade da pessoa humana será salvaguardada a partir da fruição dos direitos fundamentais, por meio do desenvolvimento pleno da

---

<sup>46</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2014.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

personalidade, sendo o direito da criança de conhecer seus dados genéticos harmonizado com o direito à intimidade do doador dos gametas.

Sobre identidade Genética, encontra-se o afirmado por Moreira Filho: identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e as bases biológicas da sua identidade<sup>48</sup>”

Quanto a identidade genética, é o direito que se tem de ter acesso aos dados genéticos que constitui como ser humano. Isto inclui: DNA, fatores genéticos para o desenvolvimento de cânceres, compatibilidade de medula óssea, etc. O efeito deste conhecimento não é outro senão, salvaguardar a vida do concebido por inseminação artificial heteróloga e sua dignidade como ser humano.

O conflito de direitos, neste sentido, se torna aparente. Não se quebrará o sigilo com relação a quem é o pai, mas apenas sobre seus dados genéticos para compatibilizar com os do concebido e o seu material genético. Respeitar-se-á assim, os direitos do concebido e os do doador, utilizando a ponderação de valores constitucionais de sorte a restringir minimamente os direitos de cada um.

Reforçando esse pensamento, destacam-se os dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>49</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, tanto o direito ao conhecimento da origem genética quanto o direito à intimidade, gozam de uma mesma proteção, já que se trata de direitos fundamentais, mas que se contrapõem quando da reprodução assistida heteróloga não dispõe de uma ordem jurídica para um tratamento efetivo na legislação. Neste caso, o intérprete da lei é que deve desfazer o confronto.

---

<sup>48</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pág.62.

Portanto, como maneira para o conhecimento da ascendência genética, esta deverá ser realizada pela utilização da ação constitucional de Mandado de Segurança conforme artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal. A utilização de tal expediente se defende conforme descrito por Pedro Lenza, que fala da impetração do mandado pela autoridade competente:

O legitimado passivo, sujeito passivo, impetrado e a autoridade coatora responsável pela ilegitimidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A autoridade, portanto, é o agente público investido de poder de decisão para anular o ato ou para suprimir a omissão lesiva de direito líquido e certo do impetrante, não se confundindo, portanto, com o mero executor<sup>50</sup>.

Sobre o mandado de segurança, Alexandre de Moraes afirma que este é “garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo, é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo.”<sup>51</sup>.

Pela inexistência no ordenamento jurídico pátrio de uma maneira adequada para o conhecimento da ascendência genética, pela existência do confronto de princípios fundamentais, há uma necessidade de que seja posto sobre tutela. Percebe-se uma necessidade de criação de ação própria possibilitando o atendimento de tal necessidade, mesmo que haja limitações, como é o caso de manutenção da vida do indivíduo fruto do procedimento em tela.

No caso dos conflitos em análise, dever-se-á atentar-se ao fato de que filiação é diferente de identidade genética, de modo que a primeira pode ser arguida por meio da investigatória de paternidade ou pela ação negatória da mesma e gera efeitos de reconhecimento da filiação ou não. Caso haja o reconhecimento da filiação, há também o nascimento de direitos ex tunc como aos alimentos, poder familiar, guarda, identidade genética, entre outros oriundos do ônus de ser pai.

É possível encontrar jurisprudência acerca do tema, apesar de tais processos correrem em segredo de justiça. Como, por exemplo, um julgado do Rio Grande do Sul, com pedido de registro de nascimento, deduzido por casal homoafetivo que concebeu uma criança através de inseminação artificial heteróloga. As recorrentes

---

<sup>50</sup> LENZA Pedro, **Direito Constitucional Esquemático**, 14. ed.rer. atual. ampl. – São Paulo : Saraiva 2010. Pág.751

<sup>51</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, Pág. 147

dizem que o juízo ultrapassou os pedidos formulados por elas e determinou a inclusão do laboratório responsável pela inseminação, do doador anônimo e da menor, gerada por tal técnica, no polo passivo da ação.

Para o relator ficou claro que o registro deveria ser realizado em nome das recorrentes, uma vez que:

O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga<sup>52</sup>.

Tal julgado vai de encontro à nossa hipótese, pois não há que se falar em reconhecimento de paternidade por parte do doador, já que se assim fosse envolveria questões de família e sucessão, conseqüentemente desmotivando a prática.

Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação. Sabendo que não seria anônima a doação, simplesmente passaria a não haver interessados em doar seus gametas, pois é corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada.<sup>53</sup>

O relator ainda diz que:

Certo é que este desejo do doador de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros, tampouco por atuação judicial de ofício.<sup>54</sup>

A pessoa gerada através desta inseminação poderá conhecer sua ancestralidade genética sem que seja necessário romper com o anonimato do doador. Assim decidiu-se por manter o nome das recorrentes na certidão da menor e que ela poderia requerer sua identidade genética, se assim almejasse, com idade

---

<sup>52</sup> **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Registro de nascimento. Reprodução assistida heteróloga. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Tribunal TJRS. LFBS Nº 70052132370, 2012/Cível.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> Idem, idem.

oportuna e sem que a identidade pessoal do doador tivesse que ser revelada, como conta parte da decisão:

Tem sido destacada a relevância em manter incógnito o dador do material fecundante, sob pena de inviabilizar a própria utilização da técnica, por absoluta ausência de interessados na doação. Entretanto, a isso se contrapõe, em geral, o direito de personalidade do ser gerado ao conhecimento de sua ancestralidade. Da ponderação desses critérios, diversas respostas têm sido encontradas na doutrina, predominando aquela que recomenda a manutenção do anonimato do dador, com preservação, no entanto, nos bancos de sêmen, dos seus dados genéticos<sup>55</sup>.

Por fim, diante do apresentado, acredita-se que o indivíduo tenha o direito de conhecer sua origem, sem, contudo, expor o doador de gametas, já que este tem direito à inviolabilidade de sua intimidade. O que se considera como correto, é que o laboratório revele os dados genéticos, sem revelar os dados do doador.

---

<sup>55</sup> **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Registro de nascimento. Reprodução assistida heteróloga. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Tribunal TJRS. LFBS Nº 70052132370, 2012/Cível.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para um assunto de tamanha relevância, destaca-se a inexistência de uma lei que aborde o assunto claramente. A referida omissão legislativa não defende o direito ao conhecimento da origem genética como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, levando a entraves processuais, e podendo deixar o magistrado em situação complexa de decisão.

Mesmo que a reprodução assistida heteróloga seja uma técnica muito utilizada pelos casais com problemas de infertilidade, não se observa um dinamismo da legislação brasileira em acompanhar tal evolução no campo da biociência. Este assunto poderia ter sido abordado no Código Civil, que é uma legislação mais recente, período onde este tipo de técnica e este tipo de conflito já existia.

Ainda que se defenda o direito ao conhecimento da origem genética, não há um caminho processual apropriado para alcançá-lo, pois existem posicionamentos que abordam a questão como ação de investigação de paternidade, defensores do Habeas Data e até mesmo o Mandado de Segurança.

Assim, se há conflito entre um direito fundamental a privacidade, cujo corolário neste caso é o sigilo, e o direito à identidade genética, cujo corolário é a dignidade da pessoa humana como solucionar, juridicamente, a questão?

Faremos isto por regras de ponderação de valores, utilizando a metodologia de interpretação civil constitucional, permitindo que os princípios constitucionais escoem para a esfera civil possibilitando a harmonização das normas aos direitos das partes em litígio.

Neste sentido, não haverá caráter prevalente entre os direitos fundamentais, mas a harmonização destes direitos. O princípio da proporcionalidade permitira que, no caso em concreto que cada um dos direitos sofra restrições parciais, já que estes não possuem caráter absoluto, para que sejam propostos no caso em concreto de maneira harmônica. Este é o fiel da balança do direito.

Diante do exposto, destaca-se que não há como debater questões processuais de tamanho cunho polêmico, sem que se refira às atuais tendências dos tribunais brasileiros. As jurisprudências encontradas apoiam, em grande parte, a investigação da origem genética, com vistas aos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Personalidade.

Por fim, é importante compreender que mesmo que a investigação de origem genética seja fundamental para a dignidade do indivíduo, é preciso ter ciência de que, ao fazê-lo, não terá um caminho simples a seguir, sendo necessário contar com o ativismo judicial para solucionar seu caso.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral. Volume 1**. São Paulo, Saraiva: 2012.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**. Disponível em:

<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>.

Acesso em 18 de maio de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf). Acesso em 01 de junho de 2015.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e Biodireito**. São Paulo, PUC, 2002.pág. 26. Disponível em:

<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/BIODIREITO%20CONCEITO.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2015.

GRISANI, André. **Bioética e Biodireito**. Revista eletrônica Intertemas. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/30/31>. Acesso em 25 de abril de 2015.

KANT, I. **Fundamentação Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. ampl. – São Paulo : Saraiva 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. pag. 489.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 147

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

MOREIRA, Fernanda de Souza. **O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passiva do Doador Na Inseminação Artificial Heteróloga: Uma Colisão de Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 15, abr/mai de 2015.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo, Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume 1. 26ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013.

PERLINGIERI, *apud* FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. – 12. ed. revista, atualizada e ampliada. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

REALE. Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em 09 de abril de 2015.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As Questões Jurídicas da Inseminação Artificial Heteróloga**. Portal e-gov, UFSC. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga>. Acesso em 01 de maio de 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e possível.\_ O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo, Atlas: 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. v 6. 6 ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2006.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 21, p.401-419, 1979.

XAVIER, Francisco Filipe Fernandes. **O Princípio da Dignidade Humana e o Direito de Recusa das Testemunhas de Jeová**. Revista Eletrônica Dike, 2011. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Dignidade-Humana-Testem-Jeova-Felipe.pdf>

## ANEXO

### RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010

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

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e **CONSIDERANDO** a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; **CONSIDERANDO** que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana; **CONSIDERANDO** que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais; **CONSIDERANDO** a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica; **CONSIDERANDO**, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

### RESOLVE

**Art. 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 de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010.