

CENTRO UNIVERSITÁRIO FLUMINENSE - UNIFLU
FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS - FDC
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

O PRINCÍPIO DO ANONIMATO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO
DIREITO À IDENTIDADE – A POSSIBILIDADE DE CONHECER A ORIGEM
BIOLÓGICA SEM DESCONSTITUIR A FILIAÇÃO AFETIVA.
BRASIL: 1988 – 2006.

ADRIANA PATRÍCIA CAMPOS PEREIRA

CAMPOS DOS GOYTACAZES
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ADRIANA PATRÍCIA CAMPOS PEREIRA

O PRINCÍPIO DO ANONIMATO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO
DIREITO À IDENTIDADE – A POSSIBILIDADE DE CONHECER A ORIGEM
BIOLÓGICA SEM DESCONSTITUIR A FILIAÇÃO AFETIVA.
BRASIL: 1988 – 2006.

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito de Campos, como requisito à
obtenção do título de Mestre em Relações
Privadas e Constituição, sob orientação
da Professora Dra. Rosângela Maria de
Azevedo Gomes.

CAMPOS DOS GOYTACAZES
2006

ADRIANA PATRÍCIA CAMPOS PEREIRA

O PRINCÍPIO DO ANONIMATO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO
DIREITO À IDENTIDADE – A POSSIBILIDADE DE CONHECER A ORIGEM
BIOLÓGICA SEM DESCONSTITUIR A FILIAÇÃO AFETIVA.
BRASIL: 1988 – 2006.

Aprovada em: ____/____/____.

Prof^a. Dr^a. Rosângela Maria de Azevedo Gomes

Prof^a Dra. Heloísa Helena Barboza

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

CAMPOS DOS GOYTACAZES
2006

Dedico a todos os profissionais do Direito, exegetas que diariamente precisam harmonizar normas, adequando-as em face das contradições e omissões do ordenamento jurídico.

"O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa [...]"

Gerard Cornu

Agradeço a meus familiares pelo apoio incondicional, mesmo quando o estudo lhes furta um tempo precioso de nossas vidas.

SUMÁRIO

RESUMO.....	09
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUPREMACIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	15
1.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRINCÍPIO E FUNDAMENTO	19
1.2. NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E NOVA FILIAÇÃO.....	26
CAPÍTULO 2 – CÓDIGO CIVIL E REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	30
2.1. GENERALIDADES	30
2.2. DISCIPLINA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	33
2.3. COMENTÁRIOS AOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO.....	45
CAPÍTULO 3 – BIOÉTICA E BIODIREITO – TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	68
3.1- BIOÉTICA E BIODIREITO	70
3.2- TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	79
3.3- MODELO BRASILEIRO: ANONIMATO.....	84

3.4- CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM FACE DO ANONIMATO	90
CAPÍTULO 4 – FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	97
4.1. VEDAÇÃO AO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA.....	99
4.2. DIREITO DE PRESERVAR O VÍNCULO PARENTAL COM A FAMÍLIA AFETIVA.....	106
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	117

RESUMO

A constitucionalização dos institutos jurídicos oriundos do direito de Família conduz à idéia de que aos valores até então consagrados, acrescentou-se um elemento essencialmente novo: a afetividade. Decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, esta nova visão de família não mais admite o tratamento patrimonial até então dispensado pelo legislador. O presente trabalho discorre acerca do anonimato na reprodução assistida que, imposto pela Resolução CFM nº 1.358/92, face à insuficiência da legislação pertinente, tem sido visto como dogma, afrontando direito quiçá maior, qual: o direito à identidade biológica do cidadão. A proposta ora apresentada atenta para a necessidade premente de harmonizar os direitos em questão, valorizando o direito do indivíduo em conhecer suas raízes, sem que com isto seja compelido a abdicar da família afetiva que o acolheu. Em suma, o direito de conhecer a identidade biológica não é incompatível com a filiação afetiva construída através de uma reprodução assistida. O indivíduo pode desfrutar de ambas sem prejuízo para quem quer que seja, se uma legislação séria for erigida a regular a questão.

Palavras-chave: Filiação, Afetividade, Reprodução assistida, anonimato, Direito à identidade genética, Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The constitutionalization of the legal institutes deriving of the Family Law leads to the idea that to the values until then consecrated was added an essentially new element: the affectivity. Elapsing from the human being dignity principle and solidarity, this new family vision does not admit anymore the property treatment that was until then given by the legislator. Furthermore, this work talks about the anonymity at the assisted reproduction that, taxed by the Resolution CFM number 1.358/92, in between the lack of pertinent legislation, has been seen as a dogma, confronting maybe a bigger right and it is: the citizen`s right to have a biological identity. The purpose now presented focus on the pressing necessity of balancing the principles in question, putting value on the individual right to know his or her origins, without being compelled to abdicate from the affective family that received him or her. In conclusion, the right of knowing the biological identity is not incompatible to the affective paternity built through an assisted reproduction. The individual can enjoy both without damage to anyone, if a serious legislation rise to rule this question.

Key – words: Filiation, Affectivity, Assisted Reproduction, Anonymity, Right to the genetic identity, Human being dignity Principle.

INTRODUÇÃO

A relação paterno-materno-filial, historicamente, se pautou nos laços consangüíneos, considerados, então, como sendo o único vínculo admissível a permitir o partilhar da vida, do afeto e do patrimônio familiar, este ultimo, a mola propulsora de tal ideologia. O parentesco civil advindo da adoção, é certo, sempre existiu. Mas os filhos eram diferenciados, a depender da espécie de adoção escolhida.

A odiosa diferenciação entre as espécies de filhos defendida pelo Código Civil de 1916 é, aliás, a mostra clara de que o direito de família concentrava-se muito mais na preservação do patrimônio da família do que propriamente na conservação das relações afetivas entre seus membros. Este panorama modificou-se sensivelmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Sem dúvida, este foi o marco do redirecionamento do direito de família rumo à valorização da dignidade da pessoa humana.

Lado a isto, cumpre ressaltar, em matéria de presunções de paternidade que o “velho” direito de família via como absolutas, necessário se fez reformular todas as concepções até então vigentes. Isto por que em 1916 não se poderia sequer imaginar o avanço científico experimentado no decorrer do século XX. A ciência se desenvolveu a ponto de subverter o sistema. A presunção passou a

ser relativa, e, em um segundo momento, os filhos deixaram de ser “filhos da lei” e passaram a ser “filhos da ciência”. *Pari passu*, os laudos de exames de DNA se tornaram os ditadores da paternidade e os juízes seus homologadores. Os exames tornaram-se mais um instrumento de opressão e teve-se a nítida impressão de que manter-se-ia a preferência pela consangüinidade em detrimento da afetividade.

Entretanto, a partir do novo direito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988, a doutrina passou a reconhecer que a paternidade é construída ao longo dos anos. Desenvolveu-se a tese de que a filiação, mesmo sem correspondência genética, pode ser construída com base em valores, calcada no sentimento de afetividade, podendo-se inclusive contrapor-se à verdade biológica.

Esta visão constitucionalizada vem sendo utilizada pela jurisprudência que, aos poucos, assimila as lições da doutrina que já consolidou o entendimento de que a afetividade é hoje, quem deve reger as relações familiares e solucionar os conflitos delas decorrentes. O Superior Tribunal de Justiça já aponta para o reconhecimento dos efeitos patrimoniais à paternidade sócio-afetiva.¹

O avanço da ciência traz consigo efeitos jurídicos que necessitam de um tratamento adequado pelo direito. A assistência médica na reprodução humana, vista como a solução para a infertilidade e como forma de evitar doenças de origem genética gera uma gama de problemas de ordem ético-jurídicas que precisam ser enfrentados. O anonimato das doações é exemplo disto. Embora tenha por fito a preservação e proteção da pessoa gerada por técnica de reprodução assistida, a

¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 119.346/GO. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 01 dez de 2006. Ementa: FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO. - Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma “adoção simulada”, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido.

exemplo do que ocorre na adoção, o anonimato poderá tomar feições de inconstitucionalidade quando, no confronto de interesses, for prestigiado em detrimento do direito à identidade biológica. A regra do anonimato, ínsita em regulamento administrativo, no entanto, vem sendo aplicada indistintamente porque o legislador brasileiro ainda não erigiu satisfatória legislação pertinente ao tema.

O presente trabalho se presta a examinar esta questão. Para tanto, no primeiro capítulo, faz-se uma abordagem acerca da constitucionalização do direito privado, apontando os antecedentes históricos e conduzindo para a necessidade de reconhecer-se a supremacia dos princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana que fundamenta a nova visão do direito de família e da filiação.

No capítulo dois, adentra-se à questão da reprodução assistida sob a ótica do código civil de 2002, tecendo-se alguns comentários sobre os projetos de lei que se encontram em tramitação nas casas legislativas do Brasil.

As questões éticas são analisadas no terceiro capítulo que conceitua bioética e biodireito, elencando as técnicas de reprodução assistida. Demonstra-se, ainda, o modelo até então adotado no Brasil que garante o anonimato do doador de gametas, abordando as conseqüências jurídicas porventura enfrentadas em razão desta opção.

A questão da filiação afetiva é aventada no quarto e último capítulo que discorre acerca da filiação decorrente da procriação assistida, e aponta para a vedação ao anonimato como forma de garantir o direito constitucional ao conhecimento da identidade genética. E, ao distinguir direito ao estado de filiação e direito à origem genética, defende-se a garantia do direito de, mesmo conhecendo a origem biológica, possa-se preservar o vínculo parental com a família afetiva.

As técnicas de reprodução assistida representam, sem dúvida alguma, um alento para aqueles que em uma luta incessante e, às vezes, obcecada, buscam a realização de seu projeto parental, mesmo envolvidos na angústia e temor de não conseguirem seu intento. Não se pode fechar os olhos à evolução da ciência, tampouco diminuir-lhe a importância. Daí a necessidade premente de o direito cumprir seu papel, propiciando o regramento que possa a um só tempo, garantir a continuidade da evolução científica e o respeito aos princípios constitucionais. Afinal, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e, como tal, deve estar presente em toda e qualquer relação entre as partes.

CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUPREMACIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro de 1916, eminentemente inspirado no Código de Napoleão sempre evidenciou o individualismo predominante na época, razão pela qual foi denominado “estatuto dos particulares”, já que o indivíduo era o centro, quiçá a própria razão de ser do digesto civilista.

Nesta esteira, o Estado não intervinha nas relações privadas e o Código Civil assumiu o status de verdadeira constituição das relações privadas.

O CC de 1916 não assimilou os novos conceitos que se inauguravam pioneiramente na França, mantendo-se fiel ao individualismo jurídico do Código Napoleônico e da Constituição de 1891, pelo qual “o homem é dotado de direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que constituem a medida e o fim da organização jurídica da vida social”².

Neste diapasão, nítida era a separação existente entre o público e o privado, órbitas do direito vistas de forma hermeticamente fechadas, atribuindo-se ao público a tutela dos interesses gerais e ao privado a proteção aos direitos naturais e inatos do indivíduo.

²GOMES, Orlando. *Direito Privado*, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 22.

Com o nascimento da moderna noção de Estado, advinda dos fatores históricos ocorridos a partir do Século XIX: a industrialização, a mudança do conceito de contrato e, entre outros, a ocorrência de movimentos sociais, o Estado ampliou seu campo de atuação, assumindo papéis antes atribuídos exclusivamente à iniciativa privada.

Assim, foi que o direito privado abandonou a tutela exclusiva do indivíduo e abraçou novos operadores econômicos: os entes públicos, o próprio Estado e a coletividade organizada. Mudou-se, por consequência, a visão de vários institutos do direito privado, a exemplo da propriedade, surgindo o conceito de abuso do direito e sua vinculação ao interesse coletivo.

A nova visão inaugurada pela valoração conteudista do direito privado trouxe à tona a necessidade urgente de se redimensionar o Direito Civil, o que foi feito em três fases distintas:

1) Surgimento de leis excepcionais regulando setores não disciplinados pelo Código Civil, as quais continham princípios divergentes dos dominantes nele.

2) Crescente aumento das lacunas no Direito Civil, razão pela qual nascem leis especiais, disciplinando de forma ampla determinados temas. Não mais de caráter emergencial, como na primeira fase, mas regulando temas específicos, de forma ampla e especializada.

Já nesta fase, o Código Civil perdeu seu caráter de estatuto exclusivo das relações patrimoniais privadas.

3) Criação de leis mais abrangentes tratando profundamente de determinados assuntos, subtraídos do Código Civil. Vê-se, então, a proliferação dos chamados microssistemas: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Direito Autoral, Lei de Locações, entre outros.

Pode-se, assim, dizer que houve uma expansão da legislação especial e, conseqüentemente, o estreitamento do Código Civil.

Nesta esteira, presencia-se a inserção nas Constituições dos princípios que limitam a autonomia privada e estabelecem deveres sociais no desenvolvimento das atividades privadas. As constituições passam a abordar temas antes exclusivos do Código Civil, como a função social da propriedade e a organização da família.

O Estado inicia uma obra de intervencionismo na economia através do dirigismo contratual e programas assistenciais

Em nosso ordenamento, tal tendência foi introduzida solidamente com a Constituição de 1988, quando, então, o Código Civil assumiu novo papel, sendo valorado e interpretado em conjunto com outros diplomas.

A nova constituição e a propagação dos microssistemas fez com que o pólo das relações de direito privado abandonasse o Código Civil concentrando-se na Constituição que unifica o sistema.

Nesta ordem de idéias, forçoso citar Maria Celina Bodin De Moraes Tepedino:

[...] acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultado, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público- direito privado³

Não se pode negar que as relações civis tem cunho eminentemente patrimonialista, visível através de seus institutos mais relevantes, quais: a propriedade e o contrato.

Contudo, nesta verdadeira releitura do direito privado, tais valores devem ceder lugar à valorização da pessoa humana que, conforme já demonstrado,

³ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional *In Revista de Direito Civil*, v. 65, p. 24.

tomou para si o centro da relação jurídica. E, assim, o desafio dos civilistas passa a ser a renovação da visão da pessoa humana como um todo e, através dela, o seu patrimônio.

Este é o espírito do legislador constitucional de 1988 que estabeleceu entre os valores fundantes do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. A visão patrimonialista que sempre imperou nas relações civis é incompatível com os novos valores trazidos pela magna carta.

Ainda assim, esta visão persiste nos Códigos Civis, até mesmo no mais pessoal de seus livros: O direito de família. A título de amostra, vejamos o exemplo do Código de 1916 que, “dentre os 290 artigos dedicados a regular o direito de família, 151 tratavam de questões de interesse patrimonial”⁴. Vale transcrever as severas observações doutrinárias, in verbis:

*Como exemplo, o direito assistencial da tutela, curatela e da ausência constitui estatuto legal de administração de bens, em que as pessoas dos supostos destinatários não pesam. Na curatela do pródigo, a prodigalidade é negada e a avareza é premiada. A desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas no patrimônio familiar. A maior parte dos impedimentos matrimoniais não têm as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado.*⁵

A alegada incompatibilidade, no entanto, é perfeitamente solucionável se o exegeta dispuser-se a harmonizar as normas civilistas com os valores e cláusulas gerais, que na pirâmide Kelseniana tem preferência.

Esta adequação, irônica e exageradamente taxada de “publicização” do direito privado, e corretamente nomeada constitucionalização, trata-se de “um processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito

⁴ LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.3, n. 33, jul. 1999. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 14.out. 2004

⁵ *Ibidem*.

civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”⁶

Ora, a prevalência das regras de cunho constitucional faz com nos voltemos para a necessidade de restaurar nas relações civis a primazia da pessoa humana.

1.1 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA : PRINCÍPIO E FUNDAMENTO

1.1.1- Conceito filosófico:

A palavra “dignidade” provém do latim *dignus* e significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”⁷. Tal raiz etmológica revela uma utilização exclusiva ao se referir à raça humana, ainda que sem personificação. Traduz a idéia de que o homem carrega em si uma qualidade própria e peculiar, inerente à raça: a sua dignidade.

Neste diapasão, vale ressaltar que o cristianismo foi pioneiro em conceber a idéia de dignidade humana, fundamentando sua doutrina na idéia de que “o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação”⁸. Ademais, “como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza, a do desejo pessoal, através da noção de liberdade de escolha, a do desejo pessoal, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural”⁹

Doutrinador e teólogo do cristianismo, Tomás de Aquino vislumbrou a dignidade como algo inerente ao homem, enquanto espécie e enquanto indivíduo. E,

⁶ LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Op. cit., loc. cit.*

⁷ J.M. BREUVART *apud* MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura Civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit., loc. cit.*

⁹ *Ibidem, loc. cit.*

mais que qualquer discípulo, o próprio Cristo deixou claro em diversos episódios de sua história que o homem era o centro de seu plano. Para tanto, comeu com “pecadores”, evitou o apedrejamento da mulher adúltera, visitou o indesejável cobrador de impostos, andou entre indoutos pescadores, preferindo sempre a companhia dos desfavorecidos, maneira de revelar que não fazia acepção de pessoas. Sempre ressaltou o amor e a ajuda ao próximo como forma de cumprimento da lei. A cura que dispensava ao povo era não somente física, mas Jesus preocupou-se também em resgatar a saúde emocional de seus seguidores. Ao analisar-se o contexto da lei judaica, tudo isto representou uma imensurável quebra de paradigmas, na medida em que nenhuma das religiões da antiguidade privilegiou o indivíduo, vinculando-o diretamente a um único Deus. Enquanto nas religiões antigas a divindade vinculava-se a uma nação ou Estado, Cristo ensinou a vinculação direta do homem ao seu criador, o Deus em que crê e com quem pode ter íntimo relacionamento.

Afora do contexto religioso, ressalte-se a origem filosófica propriamente dita expressa no imperativo categórico de Kant que postulava no sentido de exigir que “o ser humano seja visto ou usado, jamais como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si”¹⁰. Percebe-se, pois que os valores básicos do imperativo categórico kantiano esgotam-se na dignidade humana. Assim, no dizer de Kant: as coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

1.1.2- Conceito Jurídico:

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 81.

Sem dúvida o conceito jurídico de dignidade humana se desenvolve a partir do desenvolvimento filosófico do tema. Prova disto é que o ordenamento jurídico, tampouco a constituição explicita o conteúdo ou as características do tema. Ao contrário, o Direito tão somente cristaliza aquilo que já está formado na consciência de um povo, estabelecendo formas de garantir, tutelar, assegurar direitos. E mais, como bem ressalta Maria Celina Bodin de Moraes: Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de incorporarem os princípios às constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cuja base (lógica) é o universal direito de pessoa humana a ter direitos”¹¹

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana é compreendido como fundamento da república, insito no art. 1º, III, muito embora não possa ser considerado criação do legislador constituinte, mas tão somente a proteção que nasceu do reconhecimento e do desenvolvimento histórico da noção de dignidade em todo o mundo e nas constituições estrangeiras.

A maior dificuldade em se delinear o conteúdo do princípio constitucional da dignidade humana, do ponto de vista hermenêutico está na grande conotação que enseja determinando, por vezes, um grau de abstração que impossibilitaria sua aplicação.

No entanto, o princípio em tela não somente consubstancia a valorização do homem como sujeito moral, dotado de vontade livre, a quem é garantido o direito de não ser marginalizado; mas também auxilia na ponderação de interesses quando há, no ordenamento confronto de interesses igualmente

¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 82.

importantes. É na dignidade humana que deve se pautar a solução ímpar do conflito levado à apreciação da justiça.

Podemos ainda dizer que o princípio da dignidade humana manifesta-se de outras formas, através de sub-princípios: princípio da igualdade, integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

1.1.2.1 – Direito à igualdade

Merece destaque, *a priori*, a distinção entre as formas de igualdade: formal e substancial. Para a primeira, “todos são iguais perante a lei”. Entretanto, tal assertiva tem caráter eminentemente formal uma vez que o objetivo pretendido não é privilegiar ou discriminar. Ora, as pessoas são diferentes no aspecto social, econômico e psicológico. Logo, não há como dizer que há, entre si, a igualdade formal. A partir desta conclusão é que desenvolveu-se a idéia, hoje pacificada, mas que inicialmente atentou contra a ordem então estabelecida, da igualdade substancial, a qual, atenta às diferenças, ressalta a necessidade de tratar os desiguais de forma desigual a fim de que se tornem iguais¹².

O direito à igualdade enseja, conforme invocado por Boaventura de Sousa Santos, “que as pessoas e grupos sociais tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os caracteriza”¹³

1.1.2.2 – Direito à integridade psicofísica:

¹²FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.283-285.

¹³MORAES, Maria Celina Bodin, Op. Cit., p. 92. Ponto de vista defendido pelo referido professor nas duas visitas que fez ao Brasil em 2001, como participante do Fórum Social Mundial em Porto Alegre e em conferência proferida de UERJ.

Tradicionalmente contemplando o direito de não ser torturado, o tratamento humanitário aos presos e a vedação de penas cruéis, sob a ótica do direito civil tal direito vem tutelar os direitos da personalidade, instituindo o que hoje se constitui direito à saúde, visto pela OMS – Organização Mundial de Saúde como sendo “um completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.¹⁴

Hoje, começa a delinear-se uma outra gama de situações que devem ser objeto de apreciação do direito, quais, aquelas decorrentes da reprodução assistida, como a procriação post-mortem, o congelamento de embriões e o destino a ser dado aqueles não aproveitados, clonagem e, o objeto central deste estudo: a privacidade dos dados genéticos.

É sabido que as revoluções tecnológicas do século XX trouxeram mudanças significativas à nossa geração. Projetos arrojados como o do genoma humano, o mapeamento dos genes e a clonagem dividem opiniões. Hoje, é possível, através de testes genéticos, detectar antecipadamente, predisposições a doenças ainda incuráveis como a fibrose cística e o câncer de mama. A quem pertencem ou pertencerão estas informações? Pode-se privar alguém concebido através de uma fecundação heteróloga, de conhecer suas predisposições genéticas em nome do princípio do anonimato? É certo porém, que o direito não pode permanecer inerte às transformações ocorridas na medicina e o princípio da integridade psicofísica, como corolário do princípio maior de dignidade da pessoa humana, deverá conduzir à solução que atenda ao interesse do indivíduo. Este deverá prevalecer quando estiver em questão sua saúde física e psíquica, consagrando a regra da não

¹⁴Organização mundial de Saúde *apud* OLIVEIRA, Silvério da Costa. *O psicólogo clínico e o problema da transexualidade*. Disponível em <http://www.sexodrogas.psc.br>, Acesso em 22 de nov de 2004.

instrumentalização do ser humano, garantindo-lhe ser sujeito de seu próprio destino e escolhas

1.1.2.3- Direito à liberdade

O direito à liberdade hoje é visto muito mais sob uma perspectiva de exercício da vida privada. Significa, assim, poder escolher e decidir, sem interferências de qualquer gênero, como melhor aprouver. Entretanto, este direito é sopesado com o dever de solidariedade social. Não impondo limites à liberdade individual, mas valorizando a solidariedade.

Nem sempre foi assim, a liberdade já forma compreendida como sinônimo de autonomia privada, dando ao indivíduo amplo poder de dispor, extraindo proveito de suas atividades como contratante ou proprietário, pouco importando o objetivo com que eram desenvolvidas.

A dignidade da pessoa humana, incompatível com o exercício arbitrário de seus interesses, irá determinar a ponderação entre a liberdade e a solidariedade, pendendo ora para uma, ora para outra.

É proveitosa a conclusão de que, quando ponderados, liberdade e solidariedade, complementam-se. Assim, acentua Maria Celina: “Regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade”.¹⁵

1.1.2.4 – Direito-Dever de solidariedade social

¹⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p.108.

Historicamente, podemos marcar no século XX, como consequência das trágicas experiências nazistas havidas na segunda guerra mundial, o surgimento de um novo conceito de humanidade. Nesta nova visão, a vontade individual dá lugar à pessoa humana, intrinsecamente digna.

Na experiência brasileira, essa mudança de paradigmas estabeleceu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada “constituição Cidadã”, já que instaurou a primazia da pessoa humana como fundamento da República Federativa.

Lado outro, a expressa referência à solidariedade revela, na visão de Bonavides, que é a solidariedade o princípio que se presta a servir como oxigênio da Constituição, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa do sistema constitucional¹⁶. Como tal, deve ser considerado no momento da interpretação e aplicação do direito.

1.1.3 – Princípio da dignidade da pessoa humana: Concretização e tutela da pessoa.

Não há e não pode haver um *numerus clausus* de hipóteses de tutela da dignidade humana. Isto porque o valor tutelado é ilimitado e aumenta com o progredir da sociedade.

Assim, no dizer de Maria Celina Bodim de Moraes: “Não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem

¹⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259.

relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial.”¹⁷.

Muitas são as questões pertinentes à bioética e ao biodireito como o transexualismo e o anonimato do doador de sêmen vão se avolumando à espera de uma solução jurídica e de uma corajosa apreciação até então omitida pelo legislador. Certo é que a nova ordem constitucional pautada na dignidade humana, esta vista sob o aspecto quadridimensional: igualdade, integridade, liberdade, solidariedade; não admitirá propostas que atendam unicamente ao interesse de terceiros e não compactuem com a primazia da pessoa humana e a prevalência das situações existenciais.

1.2– NOVO DIREITO DE FAMÍLIA E NOVA FILIAÇÃO

A família moderna mudou. Ocorreu uma relativização de suas funções procracionais. Deixando para trás sua função política balizada na modalidade patriarcal, bem como desprezando sua função econômica e, por que não dizer, minimizando sua função religiosa, a família de hoje volta às origens mais remotas, constituindo-se em um grupo de pessoas unidas por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sua maior característica é, sem dúvidas, a afetividade.

Neste diapasão é que não mais se admite o desrespeito à liberdade de constituição, convivência e dissolução da família. De igual modo, elevou-se ao status de norma constitucional a igualdade entre os cônjuges, a isonomia entre os filhos de um modo geral, vedando-se a discriminação entre biológicos e adotados. Esta brusca mudança, indiscutível “repersonalização” das relações familiares constitui-se

¹⁷MORAES, Maria Celina Bodim de. *Op. cit.*, p.127.

em um fenômeno que evidencia a inserção da primazia da pessoa humana no âmbito familiar.

Inaugura-se uma nova forma de relacionamento familiar. Saímos do estágio patriarcal em que a mulher e os filhos (e entre estes distintos os filhos homens das mulheres) eram subjugados pelo chefe da família que sobre todos tinha poder de comando, admitindo-se como naturais os abusos cometidos em nome deste comando. Substitui-se o “pátrio-poder”, pelo poder familiar, este devendo respeito e limites na dignidade humana.

Cumprе salientar que na carta magna em seu art. 227, o legislador evidenciou sua opção por esta nova ordem de idéias ao atribuir à família, no que tange à criança, o dever de “assegurar com prioridade absoluta o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Observe-se que este dever é imputado não somente ao Estado, mas sobretudo à própria família, na pessoa de cada um de seus membros em particular.

A constitucionalização dos institutos jurídicos oriundos do direito de Família conduz à idéia de que aos valores até então consagrados, ora reformulados e contextualizados, acrescentou-se um elemento essencialmente novo: a afetividade.

Não mais se admite o tratamento patrimonial que era dispensado aos institutos do Direito de Família, sendo necessário que todo o ordenamento seja pautado pelos princípios maiores que, no caso, se fundam nas relações afetivas.

Assim é que as relações familiares, no parecer de Guilherme Calmon Nogueira da Gama

[...] passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe... Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas¹⁸

A consolidação e valorização da paternidade afetiva, evidenciam que a filiação não deve ser vista tão somente sob o aspecto genético ou biológico, mas, sobretudo, sob o aspecto da afetividade e da formação ético-moral, sócio-cultural e psicológica do indivíduo.

O estado de filiação decorrente da paternidade afetiva pode fundamentar a atribuição judicial da paternidade ou maternidade. Alguns tribunais já vêm reconhecendo inclusive a prevalência da paternidade afetiva no caso de adoção “à brasileira” como forma de tutela da dignidade humana.¹⁹

No entanto, tal estado é completamente distinto do direito que cada pessoa tem de conhecer sua identidade genética. Esta última, aliás, é direito da personalidade que para ser tutelado prescinde de investigação de paternidade e muito menos de constituição de novo estado de filiação. Ademais, além de ser um direito da personalidade, o conhecimento da origem genética objetiva a que a pessoa, tendo em vista a evolução da ciência médica, conheça sua história sob o ponto de vista da saúde, doenças genéticas, o que pode lhe servir como forma de prevenção e cura.

¹⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Vol 2, n.5, abr/jun, 2000, p.12.

¹⁹BRASIL. AC. 108.417-9 – 2ª C.Cív. – Ac. 20.110 – Relator Des. ACCÁCIO CAMBI – Un. J. 12.12.2001. Disponível em www.tj.pr.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

Impossível, pois não se questionar a validade do princípio do anonimato na reprodução assistida imposto pela Resolução CFM nº 1.358/92, o qual, na ausência absoluta de legislação pertinente, tem sido visto como dogma absoluto e, em que pese sua utilidade no campo da medicina, afronta princípio quiçá maior, qual: o direito à identidade biológica do cidadão e por decorrência, a dignidade da pessoa humana.

Lado outro, a partir da Constituição Federal de 1988 o direito positivado, para ter validade, deve atender aos princípios ínsitos na Magna Carta. Assim é que, inobstante não haver ainda norma que regulamente o chamado “biodireito”, mister que se faça uma leitura sistemática da resolução do CFM nº 1.358/92 que estabeleceu o princípio do anonimato, a fim de que se possa adequá-la aos princípios constitucionais afrontados, aos quais deve obediência.

Cumprido ressaltar que a visão constitucionalizada do Direito como um todo, atribuiu aos princípios um caráter normativo, sejam eles explícitos ou implícitos. Seu alto nível de generalidade é capaz de informar todo o ordenamento jurídico, podendo, inclusive, verificar a validade das normas que lhe devem obediência!²⁰

É, pois, conclusivo dizer que a partir de então os princípios passaram a exercer a primazia sobre todo o ordenamento jurídico, valorando e limitando por seus valores, inclusive, a atividade legislativa que ficará condicionada a não representar-lhes ofensa substancial.

²⁰GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Niterói: Impetus, 2005, p. 5.

CAPÍTULO 2 – CÓDIGO CIVIL E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1 – GENERALIDADES:

Não se pode olvidar que a genética é hoje “a mais nova arma dos cientistas na prevenção de doenças”²¹. Promete-se preveni-las e, de fato, já se noticia da existência de um tipo de vacina capaz de combater doenças como malária, herpes, câncer e aids. Tal pesquisa, contudo, não é capaz de afirmar se a vacina poderá, de alguma forma provocar alterações no genoma humano.²²

Presencia-se, neste tempo, uma verdadeira revolução na genética. A ciência em pauta, pouco a pouco, abandona seu próprio conceito etmológico e seu objetivo original, para assumir feições de ciência voltada à construção de seres geneticamente perfeitos ou com características requintadas à escolha dos pais (nas clínicas americanas é possível até visualizar antecipadamente o resultado da escolha)²³.

²¹PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise Biojurídica da Identidade Humana. *Temas de Biodireito e Bioética*. Heloisa Helena Barbosa, Vicente de Paulo Barreto (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 265.

²²Revista Veja, 21/10/1998, p. 105 – ed. 1569, *apud* PEREIRA, Renata Braga da Silva. *Op. cit.*, p. 266.

²³PEREIRA, Renata Braga da Silva. *Op. cit.*, *loc. cit.*

A Internet já se presta a veicular o comércio de sêmen e óvulos tendo como consumidores aqueles que buscam as técnicas de reprodução assistida²⁴.

Na china, por exemplo, em que pese ser a inteligência uma característica considerada de difícil seleção genética, vez que o ambiente de criação da criança também é importante, já se pode encontrar esperma disponível para pais que desejem que os filhos se destaquem na vida acadêmica. Trata-se do “Banco de Esperma de Notáveis”, dirigido pela agência estatal de planejamento familiar, o qual seleciona os doadores por sua capacidade acadêmica.²⁵

Os objetivos e técnicas são, sem dúvida, no mínimo, questionáveis do ponto de vista ético e também jurídico. Entretanto, o Direito Civil Brasileiro, recentemente reformado com a entrada em vigor do Novo Código Civil (2002), preferiu silenciar sobre o tema, evitando o enfrentamento das difíceis questões que se nos apresentam ante tamanha evolução científica.

Ora, sabido é que o Direito é um fenômeno social. Todavia, o avanço legal nunca é *pari passu* ao avanço social. O Direito está sempre atrás. Prova disto: o mundo discute há mais de vinte anos essas técnicas, e nós ainda não possuímos legislação específica sobre o tema, seja codificada, seja em legislação esparsa.

Vale, neste diapasão, lembrar Ripert que sabiamente reconheceu: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”²⁶.

Utilizando a descrição de Norberto Bobbio²⁷ acerca das eras do Direito, pode-se vislumbrar a inserção do direito à identidade genética naquela que ele considerou a quarta era dos Direitos – Direitos Fundamentais, principalmente porque a discussão acerca da biotecnologia, que teve seu ápice com o mapeamento do

²⁴São exemplos de sites que comercializam os gametas: www.rosangels.com, www.cryobank.com, www.fertilityoptions.com.

²⁵PEREIRA, Renata Braga da Silva. *Op.cit.*, p.267.

²⁶RIPERT apud PEREIRA, Renata Braga da Silva, em epígrafe. *Op. cit.*

²⁷BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 4.

genoma humano, deve conduzir à reflexão acerca das inúmeras possibilidades de utilização das informações genéticas. Acerca disto, preleciona com maestria Jorge Bustamante Alsina:

[...] o homem tem hoje em suas mãos o poder de controlar a sua evolução genética e que esta faculdade reclama um grande sentido de responsabilidade, pelo menos ao se considerar que nem tudo que é possível é lícito, ou seja, humanizador. A regulamentação normativa dentro do regime da liberdade, indiscutivelmente considerado como o mais favorável ao progresso da investigação científica, deverá inspirar-se nos princípios fundamentais da natureza do homem que conduzem à proteção de sua dignidad.²⁸

É inconcebível a idéia de o jurista moderno isolar-se das outras áreas do conhecimento humano. A interdisciplinaridade está presente em todos os ramos do Direito. E o Direito deve se fazer presente também nas demais áreas do conhecimento, sobretudo face à percepção de que, por vezes, afetam não somente o indivíduo, mas toda uma espécie.

Se os avanços da ciência trazem consigo a contribuição para a vida e saúde humana, não se pode olvidar dos riscos que os acompanham. A inércia do legislador brasileiro em disciplinar o tema, por exemplo, pode incentivar as nações poderosas a implantar em território nacional campos de pesquisa irrestritos às limitações legais.

O tema Bioética no Direito, ou Biodireito, no dizer de Hironaka, “não pertence primordialmente à ambientação do Direito Civil ou, mais reduzidamente ainda, ao Direito de Família. É sem dúvida nenhuma, assunto da ambiência interdisciplinar plúrima, e assim deve ser tratado e cuidado”.²⁹

²⁸ ALSINA, Jorge Bustamante *apud* PEREIRA, Renata Braga da Silva. *Op. cit.*, p. 261.

²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: Revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4. n. 16, Jan./Fev./Mar/, 2003, p.54

Trata-se pois, de um “apelo acadêmico”³⁰, no afã de reunir os representantes dos ramos do Direito – em especial o civil e o penal, os estudiosos da medicina e da biologia e genética, num trabalho interdisciplinar que oriente os rumos da construção da legislação pátria pertinente ao tema, estabelecendo os limites estritos da pesquisa genética, de modo a não impedir o progresso da ciência, mas a forçar o reconhecimento e respeito à integridade do ser humano, impedindo a manipulação irresponsável das informações que torna os homens objetos de pesquisa e com isto, gera risco à vida humana.

Lado outro, é mister que os debates acima referidos envolvam também a sociedade civil, as comunidades religiosas, morais, entidades sociais e, sobretudo, as pessoas humanas pertencentes aos grupos diretamente interessados e eventuais destinatárias das normas edificandas.³¹

Por derradeiro, vale transcrever as palavras do ex-presidente francês François Mitterrand, proferidas por ocasião da inauguração do Comitê Nacional de Ética, que exprimem muito além do desejo, a necessidade da “revisão de paradigmas” das construções legislativas, atentando-se por fazê-las com vistas ao atendimento das carências de toda a sociedade:

*Não cabe ao Estado editar regras segundo as quais todos os homens de ciência deveriam se conformar, mas também não cabe aos pesquisadores decidirem sozinhos, assim como a sociedade não pode se desobrigar de uma responsabilidade que é de todos.*³²

2.2 – DISCIPLINA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

2.2.1 – Evolução no Tratamento do Tema:

³⁰HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 54.

³¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, nº 19, ago./set.,2003, p.75.

³²MITERRAND, François *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 55.

O código civil de 1916 não cogitava das situações pertinentes à reprodução assistida, até porque, as mesmas inexisteriam por ocasião de sua criação. Tampouco o fez o projeto de Código Civil coordenado por Miguel Reale, omissão que não passou despercebida pelos estudiosos do Direito de Família. Naturalmente vieram as críticas ao projeto que, intencionando reger as relações civis da sociedade brasileira no século 21, simplesmente ignorava os chamados “filhos da biotécnica” omitindo-se “diante de um fenômeno que, sem jamais perder em substância ética e jurídica, poderá tornar-se em pouco tempo, prosaico e corriqueiro do ponto-de-vista do seu controle pela medicina”³³

Contudo, em se tratando do tema, sempre houve quem advogasse a tese da não interferência da ordem jurídica ante à alegação de que toda regulamentação seria nociva, inútil e imprópria. Opinião defendida por Jacques Robert:

*[...] o melhor legislador não é, de fato, em uma democracia que se afirma liberal, o que legifera menos? Sobretudo quando se trata de abordar delicados problemas de ética contemporânea onde se aventurar nos arcanos imponderáveis da vida privada... Além do que, as normas morais ou deontológicas não são suficientes? E depois, tudo em medicina, em biologia e em genética, não repousa sobre a consciência do médico, do pesquisador e do sábio?*³⁴

A lógica simplista do doutrinador em epígrafe, não mereceu acolhida em nossos arraiais jurídicos. Concluiu-se que a atitude não legiferante por ele idealizada tem pouca aplicabilidade prática, gerando inúmeras inaptações, com as quais o Direito não deve conviver. Isto porque conduz à aplicação às novas situações, do regramento de situações semelhantes, que por vezes contém

³³VILLELA, João Batista *apud* LIMA, Taísa Maria Macena de, Filiação e Biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4. n. 13, abr./jun/, 2002, p.154.

³⁴ROBERT, Jacques *apud* LIMA, Taísa Maria Macena de. *Op. cit.*, *loc.cit.*

peculiaridades que as tornam tão divergentes de modo a dificultar a analogia pretendida.

Deste modo, as críticas ao omissis projeto original conduziram ao regramento, ainda que tímido, do tema, pelo legislador, através do art. 1597 que, após sucessivas modificações passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 1597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I- *Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a sociedade conjugal;*
II- *Nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*
III- *Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*
IV- *Havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*
V- *Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*³⁵

Alheio à discussão acerca da suposta inconstitucionalidade formal do dispositivo insito no artigo em comento³⁶, face ao descumprimento do processo legislativo constitucional, pretende-se pontuar as alterações trazidas pelo novel digesto civilista, notadamente as previstas nos incisos III, IV, e V, atendo-se à perspectiva enfocada pelo presente estudo.

2.2.2 – Conteúdo e Omissões no Tratamento Dado Pelo Código Civil Brasileiro

Os incisos I e II estabelecem com clareza a presunção relativa de paternidade, após a extinção da sociedade conjugal.

³⁵BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, art. 1597.

³⁶ Alguns autores consideram a possibilidade de o dispositivo ser formalmente inconstitucional por que, após remessa e apreciação do senado, ao retornar à câmara dos deputados, o dispositivo foi reenumerado, foram acrescentados os incisos III e IV e modificada a redação do então inciso III que passou a ser o atual inciso V, o qual incluiu a modalidade heteróloga ao lado do termo “inseminação artificial. Tais alterações não foram, pois, objeto de apreciação pelo senado.

No que tange ao inciso III, vale ressaltar que o legislador deixou claro ser irrelevante o consentimento do marido, uma vez que, em se tratando de inseminação homóloga, é o critério biológico aquele a ser observado.

Duas questões parecem suscitar discussões: o reconhecimento da legitimidade da inseminação póstuma e os direitos sucessórios do embrião.

Omitiu o legislador o tratamento a ser dado aos direitos sucessórios do filho. Daí a interessante conclusão de Guilherme Calmon³⁷ de que o prazo de trezentos dias da morte do ex-marido referido no inciso II, embora não citado expressamente, deva também ser observado na hipótese do inciso III, a fim de evitar os efeitos patrimoniais que considerou deletérios, face à referida omissão legislativa. Entende o doutrinador, por isto, que a inseminação *in vitro post mortem* não deve ser incentivada ou sequer autorizada no direito brasileiro, ainda que não se possa impedir a presunção de paternidade gerada pelo permissivo do inciso III.

Lado outro, a assinatura do contrato pelo morto quando do início do processo de reprodução assistida constitui, por si só a prova da vontade acerca da inseminação. Daí uma interpretação favorável à admissibilidade da fecundação post mortem, embasada na inexistência de dúvida sobre a origem do patrimônio genético ou sobre a vontade do morto que conduz à conclusão de que o legislador intencionou a garantia da possibilidade de a mulher usar o material crioconservado após a morte do marido, devendo a paternidade ser atribuída ao finado esposo³⁸. Neste caso, entretanto, permanece sem solução a questão sucessória, vez que o art. 1798 do código Civil estabelece legitimidade para suceder tão somente às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, excepcionando, tão somente o caso do pai doador que saiba da existência do

³⁷GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op cit*, Síntese, 2003, p. 53.

³⁸GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 28.11.2005.

embrião crioconservado e, mediante testamento, lhe dê status de sucessor, consoante dispõe o art. 1799, I do Código Civil, ficando, assim, por dois anos reservados bens ao herdeiro esperado (salvo disposição em contrário do testador), após o que serão destinados ao herdeiros legítimos. Vale ressaltar, entretanto, que o prazo de dois anos para a concepção previsto no projeto de lei do senado (determina-se o descarte após passado este prazo) enseja o questionamento de que admite-se a possibilidade de uma prole eventual, inclusive a advinda de procedimento de reprodução assistida, que fará jus a todos os direitos inerentes aos demais filhos. Ora, admitindo-se tal hipótese e considerando que o material genético é do morto- prova da origem genética, que em vida assinou contrato autorizando a fertilização- prova da vontade, não faria sentido sequer exigir-se a citação pelo *de cujus* da existência do embrião crioconservado em testamento para que o concepturo tenha assegurados seus direitos sucessórios. Uma interpretação analógica é perfeitamente admissível neste caso.

Inobstante ao tratamento legal que elege a via testamentária como único meio de conferir-se direito sucessório ao concepturo, José Luiz Gavião de Almeida admite a possibilidade de que o mesmo seja herdeiro, mesmo nas sucessões legítimas. Justifica o autor que, o legislador atual ao tratar do tema, praticamente repetiu o dispositivo do código anterior onde era impossível conceber que um morto tivesse filhos. E assevera:

Hoje a possibilidade (de um morto ter filhos) existe. E, reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plúrido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direito sucessórios, Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação.

Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro.³⁹

Em interpretação doutrinária, a Jornada de Direito Civil de 2002 do Conselho de Justiça Federal aprovou o enunciado nº 106 que entendeu, acerca do inciso III do art. 1597:

[...] para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.⁴⁰

A inseminação póstuma é assunto controvertido nos diversos ordenamentos jurídicos. Além da ausência de tratamento da questão sucessória, acima referida, aventada por Guilherme Calmon, questão relevante é a de que a criança assim nascida jamais poderá beneficiar-se da estrutura biparental de filiação, o que poderá, por certo afetar seu desenvolvimento. Seria o recém nascido “reduzido ao papel subalterno de continuador simbólico de uma vida conjugal prematuramente desfeita [...]”⁴¹

Do inciso IV, cumpre ressaltar o tratamento diferenciado conferido pela nova legislação civil a qual concedeu a presunção de filiação matrimonial à criança concebida, fora dos prazos estabelecidos nos incisos I e II, a partir de embrião excedentário, considerando, assim o vínculo biológico em razão de ter o embrião se formado durante o período de união conjugal.

Exclui o referido inciso, propositada e acertadamente, como acentua Guilherme Calmon, a conferência da presunção legal a casos em que a “ex-esposa

³⁹ALMEIDA, José Luiz Gavião. *apud* ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 28.11.2005.

⁴⁰BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 106. Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

⁴¹GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 28.11.2005.

se aproveita da técnica conceptiva com utilização do sêmen do ex-marido que foi por ele fornecido, ou por ela obtido em meio à relação sexual mantida entre o ex-casal.” As pessoas geradas neste contexto, poderão buscar o reconhecimento da paternidade com fundamento na “verdade biológica e no risco”⁴², através da ação própria ou de reconhecimento voluntário.

Acerca do tema, manifestou-se o Conselho da Justiça Federal, através de enunciado aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002, sob o nº 107:

*Art. 1597,IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito dos ex-conjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.*⁴³

Maior enfoque, todavia, merece o inciso V, o qual tratou da situação do filho concebido na constância do casamento. Estabeleceu o novo código a presunção de paternidade do filho havido por meio de inseminação heteróloga, condicionando-a, entretanto, à concordância prévia do marido.

Lado outro, havendo o consentimento, não é admissível a posterior retratação a viabilizar a impugnação da paternidade pelo marido, já que, conforme bem acentua Guilherme Calmon⁴⁴, diante na inexistência de relação sexual, outros pressupostos fáticos são considerados no âmbito da procriação assistida, como a vontade associada ao êxito da técnica conceptiva – a gravidez, até mesmo em atenção ao princípio da paternidade responsável, insculpido no texto constitucional, no art. 226, parágrafo 7º. Na verdade, atente-se para a escolha de um critério que não o biológico para o estabelecimento da relação parentalidade-filiação decorrente de biotécnica.

⁴²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p. 52.

⁴³BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº107, Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

⁴⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p.50.

Tal tratamento parece exsurgir do texto da lei com relação àqueles que, na constância do casamento, submetem-se a alguma técnica de reprodução assistida. Entretanto, omitiu-se o legislador de tratar a mesma situação que ocorrer em outra espécie de família que não a advinda do casamento. Não mencionou sequer a união estável, forçando a que, embora se possa desenvolver o mesmo raciocínio quanto à vontade do companheiro, seja necessário o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade.

Mister, ainda, que se ressalte que a redação utilizada no inciso V deixa a entender da possibilidade de impugnação pelo marido, no caso do procedimento não ter sido por ele consentido previa e expressamente. A omissão legislativa no que respeita à hipótese mencionada, no entanto, não deve ser entendida como permissão de impugnação. E isto em razão do que a doutrina vem nomeando “Teoria do Risco”, pela qual substitui-se a relação sexual pelos demais pressupostos fáticos – vontade e êxito no procedimento gerando gravidez, passando então a considerar, o “risco da situação que envolve o homem que convive com sua esposa ou companheira e adere, implicitamente ou mesmo diante do silêncio ao projeto parental desenvolvido por ela”⁴⁵. Certo é, pois, que a doutrina vem considerando a presunção, ainda que relativa, de paternidade, mesmo inexistente qualquer manifestação do marido ou companheiro.

Acerca disto, vale citar o enunciado nº 104 da Jornada de Direito Civil realizada no ano de 2002, do Conselho da Justiça Federal:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança

⁴⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p. 52.

*concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita de vontade no curso do casamento)*⁴⁶

Registre-se, no entanto, a opinião em sentido contrário de José Roberto Moreira Filho⁴⁷, defendendo que se a mulher casada ou que viva em união estável submeter-se a uma fertilização heteróloga sem o consentimento prévio e expresso do marido/companheiro, comete ato atentatório ao casamento (injúria grave, violação dos deveres do casamento, insuportabilidade da vida em comum, violação ao dever de lealdade, etc.) e, portanto, a paternidade não poderá lhe ser imputada, legitimando, inclusive, a dissolução do vínculo matrimonial e de ação negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feito mediante equívoco. Ressalta o referido autor: “além de falta do querer ser pai, ou seja, da filiação socioafetiva, há a presença da fraude e da deliberada intenção de levar a erro.”⁴⁸

De igual modo, Jesualdo Eduardo de Almeida Junior entende ser imprescindível o consentimento do marido/companheiro, sem o qual não será impugnada a paternidade do filho havido por técnica de inseminação heteróloga, reconhecendo, no entanto, que tal posicionamento “redunda em inegável prejuízo à criança concebida que se verá à mercê de uma paternidade inexistente, pela igualmente impossibilidade de se estabelecer vínculo com o doador do material genético”⁴⁹

⁴⁶BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº104, Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

⁴⁷MOREIRA FILHO, José Roberto. *O direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Palestra proferida no seminário de Direito Civil promovido pela PUC-MG – Unidade Contagem, em 25/09/01. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 28.11.2006.

⁴⁸MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos Jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 28.11.2006.

⁴⁹ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 27.11.2006.

Outro dispositivo importante do novel digesto civilista e que abordou o tema, ainda que indiretamente foi parágrafo 2º do art. 1565 que expressamente diz: “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”⁵⁰. Ainda que omitindo-se quanto aos limites do art. 226, parágrafo 7º da Constituição Federal e quanto à situação dos companheiros e a suposta revogação da lei 9.263/96, o dispositivo deixa clara a preocupação do legislador em ratificar seu posicionamento em favor de viabilizar o projeto parental dos cidadãos, já amparados pela proteção constitucional.

Vale ressaltar, ainda, o dispositivo do art. 1593 do Código Civil que, ao referir-se o legislador a “outra origem”, expressamente reconhece uma nova forma de parentesco civil que não a resultante de adoção ou consangüinidade: a decorrente de reprodução humana assistida, especialmente quando esta se der por fertilização heteróloga.

Guilherme Calmon acentua que a inclusão do termo “outra origem” no art. 1593, inevitavelmente fará com que aquilo que se aplica à adoção se estenda, naquilo em que for cabível, também ao parentesco decorrente de reprodução assistida.⁵¹

Entre as normas pertinentes à filiação decorrente da adoção que são perfeitamente aplicáveis à filiação decorrente de reprodução assistida destacam-se os artigos: 1626, o qual estabelece a quebra do vínculo parental consangüíneo, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais (dificilmente preservada na reprodução assistida em face do princípio do anonimato em vigor pela resolução

⁵⁰BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, art. 1565.

⁵¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Op. cit.*, Síntese, 2003, p. 57.

1354 do Conselho Federal de Medicina); e 1628, que estende o parentesco não somente entre o adotante e o adotando, mas também aos parentes do adotante.

No que tange ao artigo 1626, vale ainda transcrever o enunciado 111 da Jornada de Direito Civil de 2002, do Conselho da Justiça Federal, in verbis:

[...] a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a situação de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga, respectivamente, sendo que enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga, sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.⁵²

Certo é, no entanto, que há normas pertinentes à adoção que são imprestáveis a reger a filiação decorrente da biotecnologia, sendo, pois, de lamentar, que o legislador civilista tenha se eximido de seu mister, determinando que, por ora, pelo menos, desenvolva o jurista intensa atividade hermeneuta no afã de suprir a lacuna.

Nesta esteira, o artigo 1596 deve sofrer a devida adequação hermenêutica a fim de nele incluir a filiação decorrente de biotécnica, já que o legislador não se preocupou em ajustar a redação às novas formas de parentesco civil.

O legislador civilista não enfrentou uma série de assuntos pertinentes ao tema e de suma importância para um regramento eficaz da matéria. A postura omissiva, aliás parece ter sido proposital haja vista a afirmativa do Professor Miguel Reale, em uma das audiências públicas realizadas pelo comissão Especial do novo

⁵²BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº111, Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

código, no sentido de que “ novidades como o filho de proveta, só podem ser objeto de leis especiais. Mesmo porque transcendem o campo do Direito Civil”.⁵³

A comissão que elaborou o anteprojeto do atual Código Civil posicionou-se no sentido de “não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando à legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.”⁵⁴

Fato é que, a parcimônia com que o Código Civil tratou as técnicas de reprodução assistida estabelecendo laconicamente as presunções de paternidade inseridas no art. 1597, ocasionou um “manancial de discussões” em torno do tema, não somente de ordem jurídica mas também filosóficas, sociológicas e até mesmo religiosas, às quais não está preparado para resolver.

Nomeie-se, por exemplo, o caso da mulher que recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o intuito de formar uma família monoparental. Guilherme Calmon argumenta que não poderia o legislador tratar das pessoas sozinhas dentro de um capítulo do Código Civil que oferece regras ao casamento⁵⁵, mas defende a inexistência de razão para se proibir o procedimento, em razão do reconhecimento constitucional da família monoparental, consoante disposto no art. 226, parágrafo 4º da Constituição Federal. Argumenta, ainda que se a lei brasileira permite a adoção de crianças por apenas um adotante – pai ou mãe, por analogia, deve estender este

⁵³REALE, Miguel, *apud* MOREIRA FILHO, José Roberto. *O direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Palestra proferida no seminário de Direito Civil promovido pela PUC-MG – Unidade Contagem, em 25/09/01. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 28.11.2005.

⁵⁴MOREIRA FILHO, José Roberto. *O direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Palestra proferida no seminário de Direito Civil promovido pela PUC-MG – Unidade Contagem, em 25/09/01. Disponível em www.ibdfam.com.br. Acesso em 28.11.2005.

⁵⁵GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p.55.

direito às mulheres que quiserem submeter-se à inseminação artificial destinada à monoparentalidade.⁵⁶

Outra é a aceção de Eduardo de Oliveira Leite que considera inadmissível a inseminação artificial associada à monoparentalidade, em razão de que o procedimento se presta a atender a um projeto parental e não impessoal. Sustenta o referido autor que seria fadar a criança ao orfanato de pai, negando-lhe o direito ao biparentesco “como vocação natural e legítima de ter um pai e uma mãe e de ser educada por ambos”⁵⁷

Por derradeiro, vale salientar que o esforço engendrado pelos doutrinadores em interpretar a norma civil, sob a perspectiva constitucional, de modo a apresentar soluções aos problemas atuais da reprodução assistida, deveria ter sido a postura demonstrada pelo legislador do Código Civil na elaboração das normas que tratam do tema. A codificação atual demonstra tão somente a timidez e o medo do enfrentamento de questões que envolvem grande parcela da sociedade e que não fazem parte do futuro, mas do presente.

2.3- COMENTÁRIOS AOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

Convive-se hoje com a tímida abordagem que a lei civil fez acerca das presunções de paternidade bem como com o texto de uma resolução do Conselho Federal de Medicina, a de nº 1.358/92, que, à mingua de regramento adequado e específico, vem regulando as questões que se apresentam. No entanto, muitas são as questões reflexas no âmbito civil, administrativo, penais, tributários e processuais

⁵⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, 2000, p. 22-23.

⁵⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 371.

que não podem ser solucionadas por uma resolução que sequer tem caráter cogente.

Mister, pois um tratamento legislativo acerca do tema que, ao que parece, vai, aos poucos, tomando forma, eis que encontram-se em fase de tramitação alguns projetos de lei que oferecem disciplina ao tema em comento.

Tratam-se dos projetos nº 3638/93, de autoria do deputado Luiz Moreira, nº 2855/97, de autoria do deputado Confúcio Moura e nº 1135, de autoria do deputado Dr. Pinotti, todos tramitando na Câmara dos Deputados e do projeto nº 90/99 de autoria do Senador Lucio Alcântara, o qual tramita pelo Senado Federal, o qual em 3 de junho de 2003 o projeto, com as alterações sofridas ao longo de quatro anos de tramitação foi remetido à Câmara dos Deputados onde recebeu o número 01184/2003.

Acerca dos tais pretende-se tecer breves, mas oportunos comentários, e oferecer um estudo comparativo entre os tais projetos e a abordagem que trazem acerca dos principais assuntos pertinentes ao tema, em especial, acerca do posicionamento quanto ao anonimato do doador, o que se faz nos sub-itens abaixo elencados.

Ressalte-se, por oportuno, a existência de outros projetos de lei que têm pertinência com o tema, quais sejam: PL 4665/01 de autoria do deputado Lamartine Posella, que dispõe sobre a autorização da fertilização humana “in vitro” para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização; PL 120/03, de autoria do deputado Roberto Pessoa, que dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida; PL 2.061/03, de autoria da deputada Maninha, que disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes auxiliares do

processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências; PL4686/04, que introduz um artigo 1597-A ao Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir da reprodução assistida, define o direito sucessório e o vínculo parental; PL 4664/01, que dispõe sobre a proibição de descarte de embriões humanos fertilizados “in vitro”, e determina a responsabilidade sobre eles; PL 6296/02, que proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino; e PL 5624/05, o qual cria programa de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde.

Todos estes projetos estão apensados ao PL 1184/03 tramitando conjuntamente.

2.3.1 – Das Restrições ao Procedimento de Reprodução Assistida:

O projeto de lei nº 3638/93 que tramita na câmara dos Deputados, condiciona a utilização das técnicas de reprodução assistida tão somente a dois casos: logo em seu artigo 1º, à existência comprovada de infertilidade de qualquer dos usuários da técnica, e, em seu artigo 4º à hipótese de evitar a transmissão de doenças relacionadas ao sexo do filho a nascer, ressaltando, desta forma, o caráter excepcional que quis imprimir ao procedimento.

O projeto nº 2855/97, também em tramitação na Câmara dos Deputados também faz restrições à utilização da Reprodução assistida, admitindo-a tão somente em casos de esterilidade ou infertilidade comprovadas, consoante preceitua o seu artigo 2º. Semelhantemente ao projeto anteriormente mencionado, através do disposto no artigo 6º, parágrafo único, prevê a possibilidade de

reprodução assistida também como forma de evitar a transmissão de doenças relacionadas ao sexo do nascituro. Diferencia-se, entretanto, do anterior, pois de forma mais ousada, tocou em assuntos importantes acerca do tema, vedando, no caput do artigo 6º, a utilização da biotécnica para fins de clonagem, seleção de sexo ou qualquer espécie de eugenia.

O PL 1135/03 enfrenta o tema ainda na conceituação (art.3º,I), considerando reprodução humana assistida “a intervenção médica no processo de procriação, com o objetivo de resolução de problemas de infertilidade humana ou esterilidade, considerando riscos mínimos à paciente ou o possível descendente.”⁵⁸ Outrossim, nos artigos 5º e 6º faz menção o texto à impossibilidade de seleção de sexo ou outra característica biológica do futuro filho (exceto no que tange ao tratamento de doenças) bem como proíbe a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana, vedando assim experiências científicas levianas e a eugenia.

O projeto 90/99 de proposição do Senado Federal, de igual modo previu as restrições já mencionadas pelos projetos anteriores no que tange à infertilidade e à prevenção de doenças genéticas ou hereditárias. Estabeleceu, contudo, em seu art. 2º condições expressas para que se dê a reprodução assistida, quais: a) A infertilidade irreversível ou inexplicada (comprovada após decurso de prazo a ser fixado em regulamento); b) A ineficácia comprovada de outros tratamentos a que tiver submetido-se o usuário; c) Não ter a mulher ultrapassado a idade reprodutiva; d) A comprovada capacidade da mulher a fim que possa expressamente dar seu consentimento e submeter-se aos procedimentos

⁵⁸BRASIL. Texto do PL 1135/03, artigo 3º,I. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 06.12.2006.

necessários; e) a existência de probabilidade de êxito do tratamento sem risco para a mulher.

O tratamento dado pelo PL 01184/03 também condiciona a utilização da técnica nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças, condicionando no entanto ao preenchimento de alguns requisitos: a) existir indicação médica para o emprego da técnica, devendo ser consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis; b) a capacidade civil e a solicitação livre consciente e informada da receptora da técnica em documento próprio, a qual deve também apresentar-se apta física e psicologicamente, levando em conta entre outros critérios, sua idade; c) a aptidão física e mental do doador comprovada através de exames clínicos e complementares que forem necessários.

Por derradeiro, exige ainda o projeto que a mulher submeta-se a um prazo mínimo de espera de 2 anos -levando-se em conta a idade da receptora, antes de submeter-se à reprodução assistida, a fim de que se obtenha um diagnóstico definitivo da sua infertilidade.

2.3.2 – Da Necessidade de Consentimento Prévio

Todos os projetos em tramitação exigem o consentimento informado do usuário do procedimento de reprodução assistida. O projeto 3638/93, em seu artigo 3º, onde estipula, inclusive, a forma escrita para tal. O projeto 2855/97, em seu artigo 5º, mencionando a necessidade de informação quanto aos riscos, vantagens e estatísticas do tratamento. O PL 1135/03, em seu artigo 4º o qual estende a exigência aos pacientes, doadores e depositantes de gametas ou pré-embriões e seus cônjuges ou companheiros, se houver. O projeto 90/99, em seu artigo 2º, exige

como condição para submeter-se ao tratamento, a capacidade da mulher, circunstancia que viabiliza o consentimento da mesma. Outrossim, o PL 1184/03 aduz que “ 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 no capítulo de número II”⁵⁹

2.3.3 – Da Admissibilidade da Monoparentalidade

A possibilidade da mulher que não possui cônjuge ou companheiro, ter acesso à fertilização artificial é assunto controvertido na doutrina⁶⁰. No entanto, o tratamento legislativo que se pretende dar ao tema é acorde nos três projetos em pauta, sendo a tendência do legislador a de admitir-se tal possibilidade.

Sem qualquer restrição, os projeto nº 3638/93, nº 2855/97, e nº 1135/03 respectivamente em seus artigos 8º, 5º e 9º. De igual modo admitindo, o projeto 90/99 em seu artigo 2º, III, faz tão somente a restrição de que a mulher que venha a submeter-se ao tratamento não tenha ultrapassado a idade reprodutiva. O parecer foi praticamente mantido no PL 01184/03 da Câmara, que estabeleu o artigo 2º,II que a receptora de gametas seja “ apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento.

2.3.4 – Da Necessidade de Consentimento do Cônjuge ou Companheiro

⁵⁹BRASIL. Projeto de Lei 1184/2003. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 06.12.2006.

⁶⁰Vide comentários ao tema neste mesmo capítulo, no item 2.2.2, p. 42.

Em se tratando de mulher casada ou que viva em união estável, os projetos vem se organizando no sentido de exigir a aprovação prévia do cônjuge ou companheiro. É assim disposto no artigo 8º do PL 3638/93 e no artigo 3º do PL 90/99, este ultimo exigindo expressamente a prestação de várias informações acerca dos aspectos médicos, técnicos, econômicos estatísticos e jurídicos do tratamento, orientação mantida no PL 01184/03, número que o PL90/99 recebeu na câmara dos deputados.

O PL 2855/97 não previu expressamente tal necessidade, mas deixa a entender da simples leitura do artigo 5º que o consentimento exigido é tão somente o da mulher, independente de seu estado civil. A evidente omissão fica patenteada no art. 18, quando prevê o legislador que a filiação decorrente da biotécnica será regida pela lei em construção e pelas normas gerais que disciplinam a filiação. Desta forma, incluiu as presunções previstas no art. 1597 do Código Civil. Outrossim, previu no art. 20 do projeto, a impossibilidade de questionar-se a filiação ao argumento da utilização da biotécnica. Contudo, não preocupou-se o legislador em excluir a procriação assistida heteróloga assistida não consentida, o que seria necessário fazer em razão do disposto no já referido artigo 1597,V do Código Civil. Percebe-se, pois, o tratamento lacunoso dado pelo projeto neste aspecto.

Cuidou do tema o PL 1135/03 no capítulo II, artigo 9º, parágrafo único, estabelecendo expressamente que estando a mulher casada ou vivendo em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, em processo semelhante de consentimento informado.

O PL 90/99 deixa implícita a necessidade do consentimento quando, nos artigos 2º e 3º restringe a utilização da reprodução assistida à mulher que tenha capacidade para expressar seu consentimento.

Assim, também o PL1184/03 exige a capacidade civil da mulher receptora da técnica, de modo que possa solicitar o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento próprio

2.3.5 – Da Existência de Mecanismos de Controle

O projeto nº 3638/93 prevê, no artigo 9º, atribui, ainda, às clínicas ou similares que aplicam técnicas conceptivas artificiais, o controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação distribuição e transferência de material biológico humano, estabelecendo, para tal, requisitos mínimos, entre os quais a presença de um médico que se responsabilize por todos os procedimentos, médicos ou laboratoriais, e a necessidade de registros permanentes das gestações, dos nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes da técnica, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões⁶¹.

O Projeto 2855/97 também prevê mecanismos de controle, estabelecendo, em seu artigo 11, a exigência de manter o empregador da técnica de reprodução assistida a custódia de dados da identidade do doador, os quais deverão ser transmitidos para os serviços de controle regional e nacional.

O projeto 1135/03, no artigo 10 também estabeleceu mecanismos de controle tais quais aos previstos nos demais, como registro de gestações, existência de médico responsável, registro de informações referentes aos doadores pelo prazo de 50 anos, licença para funcionamento, etc.

⁶¹BRASIL. Texto do Projeto de Lei 3638/93. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 27.11.2006.

O projeto 90/99, em sua versão original, ao tratar, na seção III, dos estabelecimentos e profissionais, elenca clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que vão aplicar a reprodução assistida, instituindo responsabilidade sobre o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, a conservação, a distribuição e a transferência do material biológico; registro de todas as informações e a obtenção do consentimento.

Estabelece, ainda, licença especial de funcionamento, mediante o cumprimento de requisitos mínimos, quais: a direção de um profissional médico, recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a reprodução assistida, dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a técnica, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos; registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na reprodução assistida com a finalidade de evitar a transmissão de doenças.

A licença acima referida é obrigatória para todos os estabelecimentos e médicos e válida por dois anos renovável ao término de cada período, podendo ser revogada.

Estabelece ainda a necessidade de comprovação da conduta ilibada dos profissionais que atuam no estabelecimento, impossibilitando a licença àqueles que estiverem respondendo na justiça ou órgão de classe a procedimentos ou processos de natureza ética, civil ou penal relacionado à utilização das técnicas de reprodução assistida.⁶²

Dentre as alterações sofridas durante a tramitação e constantes do texto enviado à Câmara (PL 01184/03), mencione-se o aumento do prazo estipulado

⁶²BRASIL. Análise Preliminar do Projeto de Lei do Senado 90/99. Disponível em www.dbbm.fiocruz.br. Acesso em 28.11.2005.

para manutenção dos registros de doadores de vinte e cinco para cinqüenta anos, conforme artigos 5º,III, e 6º,III do projeto, sendo que a licença necessária para o funcionamento dos estabelecimentos passou de dois para três anos, podendo ser renovada, desde que obtido ou mantido o certificado de qualidade em biossegurança, exigência acrescida no artigo 5º, VI do PL 01184/2003. Determina, ao final, que em caso de encerramento de atividades, o estabelecimento deve transferir os registros para o órgão competente do poder público, indicado em regulamento, consoante dispõe o artigo 6º, parágrafo 5º.

2.3.6 – Da Doação dos Gametas – Sigilo e Anonimato

Pretende o projeto 3638/93, no artigo 10, consagrar a gratuidade da doação e garantir o anonimato ao doador, à exceção de motivação médica, quando poderão ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. Estabelece, ainda, como encargo às clínicas e estabelecimentos congêneres que utilizem a técnica, a manutenção de um registro dos dados clínicos de caráter geral, as características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. Estabelece mais, a exemplo do disposto na Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a proibição de utilização, na região de localidade da unidade, do espermatozoide de um doador a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes, dentro de uma área de um milhão de habitantes.

O projeto 2855/97 também optou pela gratuidade, estabelecendo a forma escrita da doação e o sigilo do procedimento, afastando-o, tão somente em favor de outro médico, protegendo, assim a identidade do doador, previsão do artigo 9º do texto do projeto. Semelhantemente ao projeto anterior, o artigo 13 proíbe a

utilização de gametas do mesmo doador em mais de duas gestações, efetuando o controle através da obrigatoriedade de registro.

O projeto 1135/03 ratificou os dispositivos do PL 2855/97, regulando de forma semelhante em seu artigo 11. Garantiu, ainda, no artigo 7º a limitação do número de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora, que não pode ser superior a três em cada ciclo reprodutivo, no afã de minimizar o risco, já existente na técnica, de multiparidade, e indiretamente, preservar o anonimato quanto à identidade civil do doador, já que o risco de casamento entre doador e concebido diminui sensivelmente, ficando diminuída até mesmo a hipótese de necessidade revelação excepcional, em razão do impedimento matrimonial.

O projeto 90/99 previu o mesmo tratamento dos anteriores quanto à gratuidade (artigo 6º, *caput*), o sigilo e o anonimato (artigo 6º, parágrafo 1º), prevendo, inclusive, no parágrafo 3º do artigo 6º, a quebra do sigilo no caso de doença ao fornecer ao médico solicitante as informações relativas ao doador, resguardando, de toda forma, sua identidade civil, Referiu-se, ainda, ao controle de gestações a evitar que o material fornecido por um doador seja utilizado em mais de duas gestações (art. 6º, parágrafo 6º).

O PL 01184/2003 veda a remuneração da doação, seja a que título for (art 7º), mantém o anonimato e o sigilo acerca da identidade das partes envolvidas, preservando-se também a pessoa nascida por processo de reprodução assistida (artigo 8º). Estabelece, entretanto, a quebra do sigilo em casos referidos no projeto, determinando o fornecimento das informações, e relativizando, assim, a garantia do anonimato, sendo o este o diferencial entre este projeto e os demais.

As hipóteses de quebra do sigilo vem descritas expressamente e são:

a) Acesso da pessoa nascida pelo processo de reprodução assistida, a qualquer

tempo, mediante manifestação de vontade livre, consciente e esclarecida, de todas as informações pertinentes ao processo que a geral, inclusive a identidade civil do doador (artigo 9º, parágrafo 1º); b) Quando razões de ordem médica ou jurídicas indicarem ser necessário para a vida ou saúde da pessoa gerada por processo de reprodução assistida ou para oposição de impedimento do casamento. No primeiro caso, as informações genéticas relativas ao doador serão fornecidas ao médico solicitante que deverá guardar segredo profissional (artigo 9º, parágrafo 2º), resguardando a identidade civil do doador mesmo que o médico precise entrevistá-lo para obter maiores informações acerca de sua saúde (art. 9º, parágrafo 3º) No segundo caso, informar-se-á ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, o qual notificará os nubentes.

2.3.7 – Da Gestação de Substituição

Permite o projeto 3688/93 a utilização da gestação de substituição condicionando-a à impossibilidade ou contra-indicação médica de a mulher gestar, e considerando a possibilidade de ela fornecer os óvulos para a fecundação. Percebe-se, pois, que implicitamente o legislador, no caput do artigo 13, inadmite a possibilidade de a gestante, mãe substituta, fornecer os gametas para a fecundação, vedando assim a forma heteróloga de reprodução assistida quando se tratar de maternidade de substituição. E complementa no parágrafo 1º estabelecendo a necessidade de possuir a mãe substituta um vínculo de parentesco até o segundo grau com a que deseja procriar.

Para o projeto 2855/97 também é admissível o procedimento, desde que a mãe legal não tenha condições de gestar. Entretanto, deixa a entender,

implicitamente, da admissibilidade de a gestante, mãe substituta, fornecer os gametas para a fecundação, inteligência dos artigos 15 e 16 do projeto.

A doação temporária de útero é abordada pelo projeto 1135/03, no capítulo VIII, no artigo 16, tendo o legislador se mostrado receptivo à utilização da técnica quando exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. Condiciona, ainda, à existência de parentesco até o 2º grau entre a doadora temporária e a doadora genética.

A maternidade de substituição é admitida também no projeto 90/99, estabelecendo o texto do projeto no artigo 7º que a mesma se dará de forma gratuita e a gestante deverá guardar vínculo de parentesco até o 2ª grau com a mãe legal. Condiciona também a utilização da técnica à existência de algum problema médico que contra indique a gestação da mulher.

Comentando o projeto original em parecer jurídico encomendado pelo senador Roberto Requião, um grupo de trabalho composto por eminentes juristas como Erouths Cortiano Junior, Luiz Edson Fachin e Jussara Maria Leal de Meirelles, entre outros, manifestou-se acerca do tema, considerando a imprecisão no tratamento das questões pertinentes um ponto negativo do projeto, aduzindo que:

Quanto à gestação de substituição, é imprescindível enfrentar as questões jurídicas e éticas que emergem da opção do projeto pela sua licitude, eis que o objeto do ajuste é a viabilidade da vida humana e disposição do organismo vivo. Essa observação não se altera mesmo diante da gratuidade.⁶³

Talvez, daí, ter sido o projeto modificado durante sua tramitação e chegar à câmara dos deputados (renumerado – PL 01184/03) com a previsão expressa contida no artigo 3º proibindo a gestação de substituição.

⁶³BRASIL. Análise preliminar do projeto de lei do senado nº 90/99. Disponível em www.dbbm.fiocruz.br. Acesso em 28.11.2005.

2.3.8 - Da Filiação e do Registro

O projeto 3638/93 que praticamente reproduziu o texto da Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina apresenta os temas técnicos com clareza, mas não enfrentou as questões jurídicas. Não há na redação final do texto do projeto qualquer menção à situação do estabelecimento da filiação ou do registro.

O tema, entretanto, preocupou o deputado Confúcio Moura, eis que o projeto 2855/97 tem previsão expressa no artigo 18, acerca da filiação, estabelecendo que ela será regida pela lei especial e, no que for cabível, pelas regras do Código Civil.

A exemplo do que ocorre na filiação civil advinda da adoção, veda o projeto, no artigo 19, a inserção no registro de nascimento da origem da filiação, ou seja, qualquer menção ao fato de ter a pessoa sido gerada por meio de reprodução assistida.

Outrossim impossibilita o questionamento do registro civil ao argumento de que o filho nasceu mediante utilização de técnica artificial de procriação. Tal regra ínsita no artigo 20 do projeto merece aplausos no que tange à reprodução assistida homóloga. Entretanto revela-se lacunosa, conforme bem acentua Guilherme Calmon⁶⁴, no que tange à reprodução assistida heteróloga que pode ou não ser consentida, admitindo-se a presunção de paternidade tão somente caso haja o prévio consentimento do cônjuge ou companheiro.

Mereceria louvor a regra do artigo 21 do projeto 2855/97, a qual prevê que na eventualidade de revelar-se a identidade do doador por motivação médica,

⁶⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p.67.

não se admitirá o estabelecimento de nova filiação. O projeto prestigia, neste aspecto, a afetividade em detrimento da consangüinidade, no mesmo diapasão da moderna doutrina civilista das relações familiares, inaugurada por influência da Constituição Federal de 1988. Entretanto, é dissonante do que dispõe o artigo 9º do mesmo projeto que resguarda a identidade civil do doador, mesmo quando por motivos médicos, restringindo o acesso às informações tão somente a outro médico.

O PL 1135/03 trata do assunto no artigo 17, garantindo a condição de paternidade plena da criança aos beneficiários da técnica. Estabelece, ainda, analogicamente ao tratamento dado ao parentesco civil advindo da adoção, que a morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

O projeto 90/99 traz previsão acerca do tema no artigo 11, onde tentou regular o status filial da criança nascida de reprodução assistida, estabelecendo diversos critérios para o fim de atribuir a paternidade e a maternidade.

Principia o texto do projeto resguardando à criança todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei, o que se constitui desnecessário, ante à norma constitucional insculpida no artigo 227, parágrafo 6º. Lado outro, busca definir critérios para a fixação da paternidade, estabelecendo, como regra, os usuários da técnica. Não se mostra coerente neste aspecto, vez que embora atribua a paternidade aos usuários (art.11, parágrafo único), o faz como mero princípio, afastando o critério logo em seguida através de disposições excepcionais, tais como a de viabilizar à criança, ao doador ou a mãe, a qualquer tempo o reconhecimento da parentalidade-filiação, no caso em que a paternidade ou maternidade não tenha sido reconhecida. Prestigia-se aqui a consangüinidade, assunto que será tratado com mais afinco a seguir, no item 2.3.9.

O texto original previa ainda no art. 12, parágrafo 3º regra no sentido que:

[...] no caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à reprodução assistida por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.⁶⁵

Acerca do dispositivo, opinava Guilherme Calmon⁶⁶ no sentido de rejeitá-lo, vez que o estabelecimento da maternidade não se define somente em havendo litígio, mas por critérios e pressupostos fáticos anteriores ao nascimento da criança.

Outra não era a opinião de quem analisou o projeto no seu nascedouro, entendendo que a diversidade de critérios trazidos pelo parágrafo 3º “foi redigida mediante um atentado à inteligibilidade”.⁶⁷ Sugeriu-se o estabelecimento da maternidade por um critério único e a paternidade, segundo o consentimento livre e informado, conforme já se observa na legislação estrangeira.

O PL 01184/03 mantém a questão em pauta, atribuindo aos usuários, no artigo 16, a condição de paternidade plena da criança nascida mediante emprego de técnica de reprodução assistida. Entretanto, as alterações sofridas ao longo da tramitação redundaram na minimização das disposições excepcionais do projeto original, restringindo-se a no parágrafo 1º explicitar que a morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

2.3.9 – Do Direito à Identidade Pessoal

⁶⁵BRASIL. Projeto de lei do senado nº 90/99. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

⁶⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p.73.

⁶⁷BRASIL. Análise preliminar do projeto de lei do senado nº 90/99. Disponível em www.dbbm.fiocruz.br. Acesso em 28.11.2005.

O projeto 90/99, único a abordar o tema em epígrafe de forma explícita, em seu texto original conferia à criança nascida por reprodução assistida, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar a maioridade jurídica ou a qualquer tempo no caso de falecimento de ambos os pais. Além disto, concedia à criança a prerrogativa de ver reconhecida sua filiação caso não se tenha feito em seu registro civil.

Esta postura do legislador mereceu severas críticas vez que ao propiciar o direito da revelação da 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, não disciplina as conseqüências de tal ato, mesmo na hipótese de conhecimento da ascendência genética em relação à eficácia parental tradicional, independente na relação de sucessão ou do vínculo de paternidade. Lado outro, comentam os pareceristas já mencionados,

[...] cria uma curiosa paternidade quando atribui tal prerrogativa que poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta⁶⁸

A Doutrina também considera errôneo o critério adotado no artigo 12.

Guilherme Calmon assevera que:

[...] tal regra projetada merece severas críticas especialmente por levar em conta o critério biológico, quando na realidade não é esse o critério que deve ser considerado nos casos de procriação assistida heteróloga e da maternidade de substituição.⁶⁹

E complementa:

O direito à historicidade genética não deve servir para o estabelecimento formal da paternidade (e/ou maternidade), levando em conta que inexistiu qualquer vontade do doador para o fim de se tornar pai, não tendo aderido a

⁶⁸BRASIL. Análise preliminar do projeto de lei do senado nº 90/99. Disponível em www.dbbm.fiocruz.br. Acesso em 28.11.2005.

⁶⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op cit.*, Síntese, 2003, p. 73.

qualquer projeto parental, nem assumido qualquer risco acerca da (futura) parentalidade diante da ausência da convivência e da relação sexual.⁷⁰

Finaliza o doutrinador sentenciando:

Assim, tal proposta – a do parágrafo 1º do artigo 12 do projeto – deve ser rejeitada por contrariar a própria origem e os critérios do parentesco decorrente da procriação assistida heteróloga (e da maternidade de substituição).⁷¹

Assim é que, ao que parece atento às críticas doutrinárias, o projeto 01184/03 prevê o acesso aos registros, quer pelo doador, quer pela pessoa nascida por processo de reprodução assistida (art. 16, parágrafo 2º), e pelos parentes de ambos até o 2º grau (art.16, parágrafo 3º) tão somente para a obtenção de informações para transplante de órgãos ou tecidos, resguardando-se o segredo profissional e o anonimato, quando possível. De todo modo, ressalva que as informações porventura obtidas não vinculam o doador ou qualquer de seus parentes biológicos à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida, com exceção, por óbvio, dos impedimentos matrimoniais elencados na lei civil (art. 17).

2.3.10- Da Fertilização Post Mortem

O tema foi tratado pelo projeto 2855/97 no artigo 22, tendo o referido texto vedado o procedimento, exceto se houver manifestação prévia e expressa do casal. Entretanto, não apresenta o projeto qualquer solução às situações existenciais e patrimoniais dele decorrentes e que inevitavelmente gerarão desigualdade entre os filhos.

Ainda na Câmara dos deputados, o projeto 1135/2003 que tramita em conjunto com o PL 2855/97, prevê no seu artigo 14, parágrafo 2º que a fertilização

⁷⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

post mortem só pode ser admitida mediante prévia expressão da vontade, feita sob a forma escrita, em se determine o destino dos gametas criopreservados no caso de falecimento.

O projeto 90/99, no artigo 12, parágrafo 2º, enfrentou o tema criando uma regra de interdição, explicitando que no caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança gerada não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido. O objetivo da norma, certamente o de preservar o patrimônio do de cujus, ao excluir o estabelecimento do vínculo parental certamente representa desigualdade entre os filhos, razão pela qual Guilherme Calmon previu a reprovação do parágrafo 2º ⁷².

As alterações sofridas no decorrer da tramitação redundaram na supressão do referido dispositivo que no PL 1184/03 – número que recebeu na Câmara dos Deputados, passou a determinar o descarte de gametas 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, implicitamente permitindo os efeitos patrimoniais decorrentes da filiação.

2.3.11- Da Crioconservação de Gametas e Embriões

Manifestou-se, no artigo 25, o projeto 2855/97 pelo estabelecimento de um prazo de cinco anos para a preservação dos gametas e embriões, após o que poderá ocorrer o descarte ou sua utilização em experimentação científica. Outrossim

⁷²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Síntese, 2003, p.74.

estabeleceu no artigo 26 que o destino dos embriões em caso de morte de um dos pais ou separação, deverá ser manifesto expressa e previamente pelo casal.

Tratamento praticamente idêntico conferiu o projeto 1135/03 em seu artigo 14, parágrafo 2º, ressaltando apenas que o prazo previsto no parágrafo 3º é de 3 anos.

O projeto 90/99 (art. 9º) autorizou a preservação, excluindo dos embriões *in vitro*, entretanto, os direitos assegurados ao nascituro, consoante prevê o parágrafo 1º. Prevê o descarte no parágrafo 4º e o faz de modo bastante liberal e nas seguintes situações: a) doados há mais de dois anos; b) mediante solicitação dos doadores; c) em caso previsto no documento de consentimento informado; d) no caso de falecimento do doador; e) no caso de falecimento de uma das pessoas que originaram os embriões.

Divergiu a doutrina quanto ao reconhecimento do embrião como pessoa humana. Silmara Chinelato e Almeida⁷³ afirma, inclusive, que o projeto trata o embrião como coisa e não como pessoa, posicionamento coerente com a orientação doutrinária da referida autora que é partidária da teoria concepcionista. Jussara Maria Leal de Meirelles e os demais pareceristas do projeto, anteriormente referidos, lado outro, vêem o dispositivo como ponto positivo, considerando inaplicáveis ao embrião *in vitro* os direitos assegurados ao nascituro.⁷⁴

Guilherme Calmon assume uma postura intermediária, ao aventar a hipótese da proteção do embrião como ente despersonalizado, sugerindo: “que a disposição legal sobre os embriões humanos (e não relativamente aos gametas) não

⁷³ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit*, Síntese, 2003, p.72.

⁷⁴BRASIL. Análise preliminar do projeto de lei do senado nº 90/99. Disponível em www.dbbm.fiocruz.br. Acesso em 28.11.2005.

fosse tão permissiva – como demonstra ser o parágrafo 4º do art.9º, do Projeto”. Contudo não entende ser inconstitucional ou ilegítima a regra então projetada.

O projeto 1184/03 prevê tratamento diverso aos gametas e aos embriões. Assim acena a possibilidade de conservação dos gametas humanos doados ou depositados apenas para armazenamento, observados os métodos e prazos definidos em regulamento (art. 14). Quanto aos embriões, autoriza-se a produção e transferência de 2 embriões, em cada ciclo reprodutivo (art.13). No entanto torna obrigatório no parágrafo 1º que os mesmos sejam transferidos a fresco, ou seja, afasta a hipótese de preservar o embrião já formado. E mais, no parágrafo 2º expressamente garante a adoção da teoria natalista, eis que exclui os embriões da personalidade civil.

2.3.12 – Outras Questões Tratadas nos Projetos

Acerca da previsão de condutas criminosas, o fazem os projetos PL 2855/93 em seus artigos 38 a 51; PL 1135/03, através dos artigos 20 a 25, PL 90/99 nos incisos do artigo 13; e no PL 1184/03, nos artigos 19 a 26. Vale ressaltar que nos projetos 2855/93 e 1135/03 prevêm expressamente como conduta criminosa a revelação da identidade civil do doador.

O projeto 2855/93 tem a peculiaridade de prever a criação de um registro nacional de doadores, o qual deverá ser implementado no prazo de um ano, contado da entrada em vigor da futura lei.

2.3.13 – Tramitação Atual dos Projetos

PL 3638/93 – o projeto da câmara dos deputados, de autoria do deputado Luiz Moreira, após tramitar pelas várias comissões, chegou à redação final, tendo sido remetido pela mesa diretora da câmara dos deputados ao Senado Federal na data de 05 de junho de 2002.

PL 2855/97 – Apresentado em plenário em 13 de março de 1997, o projeto já percorreu várias das comissões necessárias à formação do processo legislativo, sendo que sua ultima passagem foi pela comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 13 de abril de 2003, após o que determinou a mesa diretora seu apensamento ao PL 1135/03, em 05 de junho de 2003 e posteriormente seu apensamento ao PL 1184/2003, ocorrido em 2 de julho de 2003.

PL 1135/03 – Tramitando em conjunto com o PL 2855/97, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça, tendo sido a ultima ação datada de 05 de junho de 2003, que noticia o apensamento do mesmo ao PL 2855/97 que, por sua vez está apensado ao PL nº 1184/03.

PL 90/99 – Projeto de Lei de autoria do senador Lúcio Alcântara, é o projeto que está com a tramitação mais adiantada, vez que tendo cumprido todos os trâmites do processo legislativo no Senado Federal, o texto revisado foi devidamente encaminhado à câmara dos deputados em 04 de junho de 2003, para os fins previstos no artigo 65 da Constituição Federal.

PL 1184/2003 - numeração recebida pelo PL90/99 do senado federal, em ultima ação noticiada no site da câmara dos deputados, havida em 28 de dezembro de 2005, foi apresentado o parecer do relator da comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, deputado Colbert Martins. No relatório em que analisou os diversos aspectos do projeto em comento e de outros dez projetos

afins que estão tramitando em apenso, o relator reconheceu a constitucionalidade e a boa técnica legislativa do PL 1184/2003, mas, no mérito, opinou pela sua rejeição.

Argumenta o relator que a matéria objeto do PL 1184/2003 não deve ser tratada com as minúcias nele descritas, pois a lei poderia dizer mais do que deveria ou, ao contrário, limitar os avanços científicos e tecnológicos em detrimento do livre planejamento familiar, de que versa a Constituição Federal. Entende, face ao disposto no art. 1597 do Código Civil que já permite a inseminação artificial, ser da competência dos órgãos técnicos do poder executivo e do Conselho Federal de Medicina o estabelecimento das regras para que o disposto no código civil seja efetivado, observados, por óbvio, os princípios éticos e legais norteadores de todos os atos e regras.

Acerca dos demais projetos de lei apensados ao PL nº 1184/03 acima explicitados, vale salientar que o relatório da Comissão opinou pela inconstitucionalidade, injuridicidade, inadequação técnica legislativa e no mérito pela rejeição do PL nº 5624/05; pela constitucionalidade (a exceção de alguns dispositivos), juridicidade, inadequação técnica legislativa e no mérito pela rejeição dos projetos de lei nº 2855/97, nº 4664/01, nº 4665/01, nº 6296/02, nº 2061/03, nº 1135/03, nº 4686/04 e nº 4889/05; pela injuridicidade do PL nº 120/02.

CAPITULO 3 – BIOÉTICA E BIODIREITO – AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O desejo do homem em instituir uma prole, no dizer de Álvaro Petracco⁷⁵ e outros, parece ser um instinto herdado. O desejo de procriar se torna o objetivo primordial da vida, o que se observa desde os primórdios da história, haja vista a ordem divina, proferida quando da criação da mulher:

*E Deus criou o homem a sua imagem, criou-o à imagem de Deus, criou-os macho e fêmea E Deus abençoou-os e disse: Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra, e sujeitai-a, e dominai-a sobre os peixes do mar e sobre as aves do céu, e sobre todos os animais que se movem sobre a terra [...]*⁷⁶

Em razão deste desejo instintivo que encontrou fundamento na ordem da divindade, é que, talvez, o combate à infertilidade seja tão antigo na história da humanidade. Na verdade, a obsessão da esterilidade é imemorial: inspirou inúmeras ficções jurídicas nas cidades antigas e nas sociedades arcaicas para que todos os homens pudessem participar na transmissão da vida; incitou cientistas na descoberta de remédios ou paliativos, inclusive permitindo a charlatões ou pessoas interessadas fazerem um lucrativo comércio do sofrimento e do desejo de se ter filhos⁷⁷.

⁷⁵PETRACCO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e Reprodução Assistida* In Grandes Temas da Atualidade: Bioética e biodireito/ coordenação Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

⁷⁶BÍBLIA. Português. Tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida, 2003, Gênesis 1:28.

⁷⁷COSTA-LAS-COUX, Jacqueline *apud* LEWICHI, Bruno. O homem construtível: Responsabilidade e Reprodução assistida. In Temas de Biodireito e Bioética. Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barretto (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.102.

Registra Monica Sartori Scarparo, acerca do conteúdo histórico do tema, que

[...] a mitologia e a história nos reportam a remotas épocas, em que se teriam realizado práticas inseminatórias, desde a espécie vegetal à animal, chegando, através da evolução natural de toda a pesquisa científica, à espécie humana[...]. Registra a história que, na Espanha do século XV, Henrique IV e D. Joana de Portugal haviam tentado a concepção de um herdeiro por meios artificiais”⁷⁸

A aspiração do casal que, por problemas de infertilidade quaisquer se vê impossibilitado de gerar os próprios filhos, pretende valer-se de técnica de reprodução assistida deve ser considerada, inteiramente legítima.

Entretanto, muitas objeções ou questionamentos de ordem ética devem ser considerados neste processo. Verdadeiros dilemas são colocados diante do jurista, desdobramentos que são da admissão de utilização da biotécnica. Entre os tais, vale destacar a questão do uso de oócitos doados, e, por conseqüência, da garantia do anonimato ao doador, objeto do presente trabalho.

As motivações dos entes envolvidos no processo de reprodução assistida devem ser consideradas detidamente pelo biodireito. Se de um lado a mola propulsora traduz-se no desejo humano da busca pela felicidade e pela realização pessoal, de outro, razões menos nobres podem apresentar-se, isto é a oferta de mais um “produto de consumo”, busca do lucro por parte das empresas, médicos, pesquisadores e intermediários, gerando, sem dúvida, um processo de “coisificação da criança”, que afronta diretamente os princípios basilares do nosso direito, quais: a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e a paternidade responsável.

⁷⁸SCARPARO, Mônica Sartori *apud* LEWICHI, Bruno. O homem construtível: Responsabilidade e Reprodução assistida. *In* Temas de Biodireito e Bioética. Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barretto (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.102-103.

A propaganda da indústria de reprodução humana descarta a adoção como modo de realizar o projeto parental, glorificando o laço sanguíneo como forma “legítima”, verdadeira, real de paternidade, ainda que para tal tenha o interessado que submeter-se a uma verdadeira *via crucis* que se constitui o tratamento de fertilização. Tudo isto em evidente contramão do reconhecido processo de desbiologização da paternidade, amplamente defendido na doutrina e, ultimamente, nos tribunais brasileiros.

Não se pode olvidar do desconforto que se nos causam as notícias de leilões de gametas pela Internet, onde seriam comercializados modelos com genes de doadores com dotes de beleza⁷⁹ ou de vencedores de um prêmio Nobel⁸⁰: verdadeiro “McDonald’s da fecundação”⁸¹, de venda de esperma por correspondência através de catálogo⁸² evidenciando notória mercantilização do ser humano.

Antes, porém de adentrar-se ao mérito de tais questões, mister que se conheça um pouco mais das questões científicas pertinentes ao tema em comento.

3.1- BIOÉTICA E BIODIREITO

3.1.1 – Considerações Prévias

Este novo século retrata uma crença de que nossos antigos problemas serão solucionados pelas propostas oferecidas pelo binômio ciência-tecnologia,

⁷⁹LEWICHI, Bruno. *Op. cit.*, p.107

⁸⁰*Ibidem*, p. 108.

⁸¹*Ibidem*, p.107.

⁸²BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei *apud* LEWICHI, Bruno. *Op. cit.*, p.108.

acreditando-se que este é o caminho para um futuro mais seguro, na exata colocação de Renata Raupp Gomes⁸³.

No entanto, Léo Pessini⁸⁴ alerta acerca dos perigos da “tecnolatria” e da “medicalização da vida”, idealizando a ciência como único parâmetro desejável a pautar comportamentos e condutas na sociedade. E isto faz gerar, evidentemente, uma luta constante entre a ciência e a ética no âmbito social.

A bioética impõe uma reflexão acerca das condutas humanas, visando elucidar as questões éticas essenciais à proteção da própria raça humana. Assim é que conceitua eminentemente a bioética como: “Disciplina destinada a proporcionar reflexão moral, ética, jurídica e filosófica na busca de harmonização da ciência médica e dos comportamentos humanos com os valores essenciais à vida”.⁸⁵

A bioética coloca em xeque uma realidade: “numa sociedade pluralista e secular os referenciais religiosos e as escalas de valor não eram mais objeto de consenso suficiente, mesmo em matérias capitais, tais como o sentido da vida e da morte”.⁸⁶

O Direito passou a sentir a repercussão da bioética somente quando a ciência iniciou uma modificação na demanda social e aquele não conseguiu adaptar as normas jurídicas engessadas na legislação à realidade desta avançada sociedade.

A bioética trouxe, pois, a necessidade de que o direito reveja parâmetros que embora antigos, permanecem os mesmos, atentando para o fato social que exerce influência no contexto jurídico, sobretudo no direito de família.

⁸³GOMES, Renata Raupp. A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 337.

⁸⁴PESSINI, Léo *apud* GOMES, Renata Raupp. *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁵*Ibidem*, p. 338.

⁸⁶*Ibidem*, *loc. cit.*

3.1.2 – Conceito de Bioética

Conceituar bioética, no entanto, não é tarefa fácil. Silmara Chinelato usa a seguinte definição: “O estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção a saúde, na medida em que esta conduta seja examinada à luz de valores e princípios morais”.⁸⁷

Na análise da doutrina, vale ressaltar o conceito crítico de Joaquim Clotet que afirma :

*Poder-se-ia definir a bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano. [...] A disparidade existente entre as opiniões morais sobre temas básicos, como são todos aqueles relacionados com a vida e a morte, evidencia o pluralismo moral da sociedade hodierna. [...] A bioética procura, de maneira racional e pactuada, resolver os problemas biomédicos, decorrentes de visões diferentes dos mesmos, depois da consideração de princípios e valores morais. O desenvolvimento da bioética exige a atitude reflexiva que desdobre se é o homem ou a mulher que usa a ciência ou se, contrariamente, são por ela usados.*⁸⁸

Também Fátima Oliveira reafirma o conceito etimológico de bioética como “ética da vida”, apontando o objetivo geral da bioética como:

*A busca de benefícios e da garantia da integridade do ser humano, tendo como fio condutor o princípio básico da defesa da dignidade humana. Considera-se ético o que, além de bom, é o melhor para o ser humano e a humanidade em um dado momento. [...] A bioética, inicialmente um movimento social que lutava pela ética nas ciências biológicas e áreas correlatas, hoje é também uma disciplina norteadora de teorias para o biodireito e para a legislação, com a finalidade de assegurar mais humanismo nas ações do cotidiano das práticas médicas e nas experimentações científicas que utilizam seres humanos. Essa dupla face [...] confere à bioética a peculiaridade de ser, ao mesmo tempo, reflexão [...] e ação [...]*⁸⁹.

⁸⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e dano pré-natal. *Revista do Advogado*. – São Paulo, n. 58, p. 63, março de 2000.

⁸⁸ CLOTET, Joaquim *apud* OLIVEIRA, Simoni Born de. *Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética & Dignidade Humana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43-44.

⁸⁹ OLIVEIRA, Fátima. *Bioética – uma face da cidadania*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1997, p. 47-48.

Embora muitas sejam as definições doutrinárias, não há uma uniformidade quanto a um conceito de caráter universal para a bioética. Ainda existe uma dificuldade para definir o referido termo. O único consenso existente seria o de considerar a bioética como a ética aplicada à vida, advinda do próprio significado deste vocábulo de origem grega (*bíos* – vida - e *éthiké* – ética).⁹⁰

3.1.3 – A Bioética, a Dignidade da Pessoa Humana e Outros Princípios Aplicáveis

Esta nova ciência possui objetivos importantes, mas, na maioria das vezes, contraditórios.

Afirma-se que a bioética deve resguardar a dignidade humana e a qualidade de vida, atingindo tanto o ser humano como a humanidade. Porém, os avanços científicos “necessários” para a busca incessante da qualidade de vida, têm superado a preocupação acerca da dignidade humana, que tem sido, em diversas situações, descartada para que a ciência possa avançar.

Joaquim Clotet⁹¹ evidencia a preocupação acerca de como a ciência tem sido utilizada para o alcance de soluções referentes à vida e morte. Afinal, a ciência é utilizada pelos homens ou estes estão sendo utilizados pela ciência? Se o escopo apresentado pela ciência é a proteção da humanidade, não seria lógico expor o homem como objeto ou meio para isso.

A bioética, independentemente dos diferentes credos religiosos e correntes filosóficas, reconhece a validade da tese kantiana ao afirmar que as coisas têm preço, enquanto que a pessoa está acima de todo e qualquer preço, pois só ela tem dignidade para não ser usada apenas como meio.

⁹⁰OLIVEIRA, Simoni Born de. *Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética & Dignidade Humana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 42.

⁹¹CLOTET, Joaquim *apud* OLIVEIRA, Simoni Born de. *Op. cit.*, p. 43-44.

Tal conclusão não implica na negação dos avanços científicos. O objetivo aqui exposto é o reconhecimento do ser humano, como fim e não como meio, afastando a sua utilização como objeto da ciência. Defender o ser humano e a sua dignidade não é negar a ciência e os seus avanços, mas sim, promover a harmonia e o respeito entre a ciência e a vida humana.

O fundamento da bioética é a vida da pessoa humana, por isso, deve se pautar na preocupação da garantia de sua existência com dignidade diante dos avanços tecnológicos e científicos

A aplicação desta nova disciplina deve ser norteadada por princípios éticos, que Léo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine denominam “trindade bioética”⁹², agrupando três princípios fundamentais, quais: o princípio da autonomia (autodeterminação), o da beneficência (o maior bem do paciente) e o da justiça (distribuição equânime de benefícios e obrigações na sociedade).⁹³

A autonomia provém do grego “*autos*” (eu) e “*nomos*” (lei) que “significa a capacidade de a pessoa governar-se a si mesma, ou a capacidade de se auto governar”.⁹⁴

Tal critério foi introduzido na ética médica a partir da revolução havida no relacionamento médico-paciente, ocasião em que o paciente passou a ser percebido não mais como objeto, mas como sujeito autônomo, capaz de compartilhar decisões.

O princípio da autonomia, segundo Francesco Bellino: “estabelece o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e legitima a

⁹²PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 4.ed. São Paulo: Loyola, 1997, p. 43.

⁹³BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Trad. Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997, p. 198.

⁹⁴PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Op. cit.*, p. 44.

obrigatoriedade do consentimento livre e informado, para evitar que o enfermo se torne um objeto”.⁹⁵

De igual modo, afirma Fátima Oliveira⁹⁶:

O ser humano tem o direito de ser responsável por seus atos, de exercer o direito de escolha. Os serviços e profissionais de saúde devem respeitara vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa ou de seu representante legal. Qualquer imposição é considerada agressão à inviolabilidade da intimidade da pessoa.

O princípio da beneficência, deriva segundo Leo Pessini, do latim “*bonum facere*” (fazer bem), sendo o critério mais antigo da ética médica, baseado nas máximas da medicina: fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida.⁹⁷

Ainda Francesco Bellino, aduz que a beneficência “estabelece a obrigação de cumprir o bem terapêutico do paciente”. E complementa:

*Junto a este princípio...vem do princípio de não-maleficência [...] que prescreve [...] não prejudicar e não fazer aos outros um mal ao qual o indivíduo não se opõe e presumivelmente consente, para evitar danos e para justificar a necessidade de controlar a imposição de riscos.*⁹⁸

No que tange ao princípio da justiça, Leo Pessini⁹⁹ orienta que este princípio foi recentemente introduzido na bioética e “*obriga a garantir a distribuição justa, eqüitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde*”, impondo-se o direito à saúde como um direito de todos.

Todos estes princípios devem ser considerados conjunta e relativamente, no afã de evitar as antinomias.

⁹⁵BELLINO, Francesco. *Op. cit.*, p. 198.

⁹⁶OLIVEIRA, Fátima. *Op. cit.*, p. 55-56.

⁹⁷PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Op. cit.*, p. 44.

⁹⁸BELLINO, Francesco. *Op. cit.*, p. 77.

⁹⁹PESSINI, Léo Pessini *apud* OLIVEIRA, Simoni Born de. *Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética & Dignidade Humana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 50.

3.1.4- A Bioética Como Fundamento Do Biodireito

É necessário que as duas ciências – bioética e biodireito –, diretamente interessadas na defesa da pessoa humana, se unam, traçando um marco moral e jurídico.

Caberá a bioética buscar as respostas às perguntas, e ao direito traduzir estas mesmas respostas em normas jurídicas. Assim, a bioética responsabilizar-se-á pela reflexão ética destes avanços, e o biodireito, integrador e interdisciplinar, regulará juridicamente os desafios apresentados pelos avanços científicos.

Faz-se, pois, notória a necessidade de uma legislação que venha regulamentar as situações ainda não previstas e que estão despontando com o desenvolvimento científico, sempre objetivando a proteção do ser humano, sob a ótica do respeito ao princípio da dignidade humana.

A voz da doutrina ratifica o que ora se defende. Carla Saldanha, Paulo de Tarso Brandão e Tycho Brahe Fernandes, analisando a bioética e o biodireito, concluem que “o direito, ordem social mutável, sofre a exigência de uma grande transformação em virtude da substancial mudança social determinada pela bioética.”¹⁰⁰

Também Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez faz uma importante reflexão constatando que os avanços biotecnológicos, estão nos colocando frente a um dilema antigo acerca da validade e extensão da existência dos limites do agir

¹⁰⁰SALDANHA, Carla; BRANDÃO, Paulo de Tarso; FERNANDES, Tycho Brahe *apud* CARLIN, Volnei Ivo. *Ética & bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 98-99.

humano. Afirma, ainda, que “ante a falta de uma estrutura de justificação ética coerente, [...] a resposta legal é incompleta, irregular e diretamente inexistente¹⁰¹”.

Fátima Oliveira defende a existência de normas jurídicas para conter os excessos que possam vir a serem praticados por este avanço científico, expondo que:

Como em todas as profissões, os da área da saúde não estão imunes a problemas decorrentes da falta de ética, logo precisamos de normas jurídicas que possam delimitar, conter e reprimir os abusos. É necessário ser intransigente para com os cientistas, e isso deve estar previamente expresso na norma. Nem tudo que os cientistas sabem fazer pode ser feito¹⁰².

Esta afirmação torna clara a importância do equilíbrio entre a utilização das técnicas científicas e a proteção do ser humano, fazendo-se necessária e urgente a regulamentação e limitação das mesmas.

É certo que nosso ordenamento maior, tem como princípio e fundamento, a dignidade humana. Entretanto, a cultura jurídica brasileira é voltada para a obediência a normas específicas e não ao atendimento de princípios e cláusulas gerais, razão pela qual, este princípio que por si só poderia delimitar os avanços da ciência, não se apresenta como suficiente diante da realidade das pesquisas científicas, fazendo-se necessária uma norma infraconstitucional, com o intuito principal de coibir os excessos.

Carlos M. Romeo Casabona demonstra que junto com a titularidade de *direitos* humanos, teríamos também os *deveres* humanos, afirmando que a

¹⁰¹GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella *apud* OLIVEIRA, Simoni Born de. *Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética & Dignidade Humana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 67.

¹⁰²OLIVEIRA, Fátima. *O que é preciso na experimentação em seres humanos?* Disponível em: www.bioética@widesoft.com.br. Acesso em: 05 de novembro de 2005.

vulnerabilidade humana precisa ser protegida diante dos avanços científicos e tecnológicos.¹⁰³

Com cautela, Simoni Born de Oliveira assevera que não se pode afirmar que um “biodireito” seria o ideal a ser alcançado para regulamentar estas atividades, diminuindo os riscos éticos em torno do desenvolvimento da ciência¹⁰⁴. Entretanto, Eduardo de Oliveira Leite, responde a esta questão ao afirmar que “um biodireito seria melhor do que o vazio que hoje temos”¹⁰⁵.

De igual modo, José Roque Junges afirma a necessidade incontestável do biodireito, justificando que:

*A crescente sofisticação técnica da procriação humana assistida abre caminho para possíveis abusos que desrespeitam a dignidade humana e impõe sempre mais a necessidade da formulação de um decálogo de direitos gerativos e genéticos do ser humano a ser engendrado.*¹⁰⁶

Concluimos que o avanço científico pode gerar um eventual risco à vida e à dignidade do ser humano, por isso a bioética torna-se importante e essencial, por ser uma disciplina questionadora deste progresso que também gera resultados destrutivos. Há, assim, necessidade de limitar-se a ação humana, o que deverá ser assegurado pelo Direito, por meio de normas e princípios, visando proteger a vida e a dignidade da pessoa humana, ambos assegurados na Constituição Federal de 1988.

Tem o biodireito, por meio de normas descritivas e limitadoras, o grande desafio de equilibrar os valores éticos e a necessidade do progresso científico, não cerceando os avanços científicos, mas sim, fazendo com que os

¹⁰³CASABONA, Carlos M. Romeo *apud* OLIVEIRA, Simoni Born de. *Op cit*, 2003, p. 114.

¹⁰⁴OLIVEIRA, Simoni Born de. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁵OLIVEIRA, Eduardo de *apud* OLIVEIRA, Simoni Born de. *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁶JUNGES, José Roque. *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 264.

mesmos não atinjam ou destruam valores fundamentais como a vida e a dignidade humana.

Por derradeiro, vale ressaltar a afirmação de Simoni Born de Oliveira:

*O biodireito é desejado para cumprir os princípios da bioética, ou corre-se o risco de haver norma jurídica que venha a regulamentar as atividades científicas e que não levem em consideração seu objeto principal que é o ser humano.*¹⁰⁷

3.2 – TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução artificial soluciona e satisfaz o desejo de procriação do ser humano que possui alguma anomalia física que o incapacita de fazê-lo pelo método natural. Por isto, utiliza-se de técnicas científicas trazidas pelo avanço da ciência biomédica.

A ciência considera um casal estéril somente após uma seqüência de tentativas frustradas, durante o período de 02 anos de relações sexuais sem métodos contraceptivos, como bem acentuam Leo Pessini e Christian de Paul.¹⁰⁸

De igual modo a Organização Mundial de Saúde (OSM) considera a infertilidade na ausência de concepção após 02 anos de relações sexuais não protegidas, conforme relata Silvia da Cunha Fernandes¹⁰⁹

Somente após este período e diagnosticada a anormalidade geradora da necessidade de uma técnica de reprodução assistida deve-se seguir a análise do tipo de anormalidade para definir a técnica de reprodução assistida mais indicada ao caso, bem acentua Mônica Sartori Scarparo¹¹⁰.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Simoni Borni de. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁸ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul *apud* FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

¹⁰⁹ FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 205.

¹¹⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 09.

Eduardo de Oliveira Leite, lado outro, aponta a classificação dos fatores que ocasionam a infertilidade:

a) Fatores absolutos, que causam a esterilidade irreversível, sendo recomendados os métodos de reprodução assistida, e;

b) Fatores relativos, que causam a hipofertilidade, advinda de razões inexplicáveis, sendo recomendados métodos terapêuticos tradicionais¹¹¹.

Passar-se-á, agora, à análise das técnicas de procriação, propriamente ditas.

3.2.1- Inseminação Artificial

A inseminação artificial é a técnica de reprodução assistida através da qual se obtêm a fecundação sem o intercuro sexual dos genitores, utilizando-se de um procedimento mecânico com a ajuda de recursos médicos (introdução do sêmen no interior do canal genital feminino).¹¹²

A inseminação artificial é o resultado da união do sêmen ao óvulo por meios não naturais, visando a gestação, devido uma deficiência no processo reprodutivo normal.¹¹³

É aconselhável que os médicos e os centros de tratamento submetam os eventuais pacientes à reprodução assistida somente se for o único tratamento capaz de contornar a anomalia.¹¹⁴

O procedimento da inseminação artificial comporta algumas variantes que, conseqüentemente, geram enfoques distintos no âmbito jurídico. Dessa forma,

¹¹¹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995, p. 28-30.

¹¹²GOMES, Renata Raupp. *Op. cit.*, p. 341.

¹¹³FERNANDES, Sílvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 28.

¹¹⁴*Ibidem*, p. 29.

as referidas variantes devem ser analisadas separadamente.¹¹⁵ No entanto, nos reservaremos a analisar tão somente a modalidade heteróloga, uma vez que esta é a que tem pertinência com o tema tratado neste trabalho.

3.2.1.1 Inseminação Artificial Heteróloga

A inseminação artificial heteróloga é a técnica de reprodução assistida através da qual utiliza-se material genético pertencente a homem diverso do marido/companheiro da mulher, um doador.¹¹⁶

Seria, pois a introdução do sêmen de doador fértil, que não seja o marido/companheiro, no útero da mulher, sendo imprescindível o consentimento informado do casal.¹¹⁷

A inseminação artificial heteróloga é indicada somente como último recurso do profissional, após quatro anos de tentativas terapêuticas intraconjugais.¹¹⁸

3.2.2 Fecundação *In Vitro*

Diz-se fecundação *in vitro*, aquela em que a reprodução artificial é realizada em tubo de ensaio, efetuando-se a transferência do embrião para o útero materno.¹¹⁹

Para a garantia de êxito de uma gravidez, é comum que sejam colhidos vários óvulos que originariam vários embriões, sendo os mesmos transferidos para o

¹¹⁵GOMES, Renata Raupp. *Op. cit.*, p. 341.

¹¹⁶*Ibidem*, p. 343.

¹¹⁷FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 30.

¹¹⁸*Ibidem*, *loc cit.*

¹¹⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 41.

útero materno. A técnica de inserção de vários embriões é utilizada porque a possibilidade de sucesso está diretamente ligada ao número de embriões transferidos para o útero materno, sendo considerado como número ideal, para o Conselho Federal de Medicina, entre 03 e 04 embriões, como bem acentua Silvia da Cunha Fernandes.¹²⁰

Entretanto, isto pode acarretar uma gravidez múltipla, causadora de riscos para a mãe e, além disso, a produção de embriões excedentes.¹²¹

Ante à possibilidade de se gerar vida humana em laboratório é forçoso admitir que, após a fecundação, com a fusão do sêmen ao óvulo, temos, mesmo que *in vitro*, um ser humano em potencial, que precisa ter seus direitos preservados.¹²²

Como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, desdobra-se em duas modalidades: homóloga (óvulo e o sêmen do casal), e; heteróloga (óvulo e/ou sêmen doados).¹²³ E, devido as estas distintas formas de fecundação *in vitro*, também teremos efeitos menos ou mais complexos, conforme a variante escolhida pelo casal, valendo ratificar todo o anteriormente dito com relação à inseminação artificial.

3.2.3- Conseqüências Éticas da Reprodução Assistida

Em regra, a inseminação artificial, quando na modalidade homóloga, não fere nenhum princípio jurídico e não gera qualquer dúvida quanto ao vínculo de filiação. É óbvio que, como qualquer método diferente do natural, gera alguns

¹²⁰FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 33.

¹²¹RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000, p. 40-41.

¹²²FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 34.

¹²³FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 34.

questionamentos éticos, morais, filosóficos e jurídicos. Mesmo assim, percebe-se que a licitude deste procedimento não é questionada.¹²⁴

Nas técnicas de reprodução assistida homólogas, em razão da coincidência da filiação afetiva, biológica e jurídica, verifica-se que os problemas são menos complexos. Entretanto, mesmo nestes casos, há questões interessantes, como por exemplo, a possibilidade de uma mãe gestacional. A cessão de útero torna diferenciada a maternidade, uma vez que é inegável o vínculo afetivo entre mãe gestacional e o filho. Quanto ao vínculo biológico, este é, no mínimo, questionável. Lado outro, vale lembrar da possibilidade, até então vedada em nosso direito, de utilizar-se da “barriga de aluguel”. Neste caso, além das dificuldades no estabelecimento da filiação, aflorar-se-iam sobremaneira, as questões éticas com inevitáveis reflexos no mundo jurídico.

As técnicas de reprodução assistida heterólogas, por sua vez, geram dificuldades ético-jurídicas maiores e mais complexas, devido à existência de divergência entre a paternidade legal e a paternidade biológica. Ressalte-se, ainda que esta técnica envolve diversas pessoas: o marido/companheiro ou esposa/companheira, o filho, o doador do esperma/óvulo, a esposa/marido do doador .

Assim, o jurista deve estar atento às probabilidades de conflitos que, inevitavelmente chegarão às portas da justiça para serem solucionados. Enquanto o direito caminha silencioso, a ciência corre a passos largos na busca de oferecer novos “produtos”. Deve-se considerar com preocupação, por exemplo, um problema específico havido em razão das técnicas de reprodução assistida, como a questão do direito de conhecer a própria identidade e a origem genética, em face da garantia

¹²⁴FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 72.

do anonimato dos doadores de materiais genéticos, aceita como regra estabelecida, no silêncio da lei, pelo regulamento nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Maria Helena Diniz, dentre diversas outras indagações, expõe o problema da paternidade incerta. Isto porque ela nega à criança o direito à identidade, ficando a mesma impossibilitada de identificar sua ascendência devido o anonimato do doador do esperma¹²⁵.

É certo que não se pode desacelerar o processo de desenvolvimento científico que objetiva, pelo menos em princípio, atender aos anseios daqueles que naturalmente não podem reproduzir-se. No entanto, vale lembrar que, parafraseando o preceito bíblico, “nem tudo que nos é lícito, é conveniente”¹²⁶. Nem tudo que pode a ciência realizar em nome do desenvolvimento, será de fato, bom e útil para a humanidade.

3.3 – MODELO BRASILEIRO: O ANONIMATO

3.3.1 - Primeiras Considerações:

O Brasil, à mingua de legislação que trate o tema e por força da já mencionada resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, tem garantido ao doador de gametas o sigilo acerca de sua identidade.

O anonimato tem por objetivo primordial garantir ao doador que não assumirá a paternidade, com os ônus dela decorrentes, especialmente os patrimoniais, dos filhos havidos da utilização de seu sêmem, argumentando seus defensores que, caso não se garanta o sigilo, não haverá doadores e estará inviabilizada a pesquisa e a chance de muitos casais inférteis virem a ter seu filho,

¹²⁵DINIZ, Maria Helena *apud* FERNANDES, Silvia da Cunha. *Op. cit.*, p. 82.

¹²⁶BÍBLIA. Português. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida, 2003, I Coríntios 6:12.

através da técnica. Outro argumento bastante convincente na defesa da manutenção do anonimato é o da proteção à pessoa gerada por técnica de reprodução assistida. Assim, a preservação do anonimato garantiria a proteção da imagem da pessoa concebida, como na adoção.

Lado outro, não se pode negar que a manutenção do sigilo poderá, sem dúvida, ocasionar, no futuro, uniões incestuosas, já que a pessoa gerada por reprodução assistida poderá, desconhecendo os laços sanguíneos, vir a unir-se sexualmente a seu pai/mãe ou irmãos, vindo, porventura, a gerar filhos com mazelas biológicas.

Seria necessário, pois, a exemplo do que ocorre na adoção, que na reprodução assistida se impusessem os impedimentos matrimoniais, a impossibilidade de adoção do próprio filho biológico, bem como a proibição de reconhecimento voluntário ou forçado para fins de criação de direitos e deveres recíprocos. No entanto, não há como fazê-lo, sem que se prescindia do embaraço gerado pelo anonimato.

Na opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o anonimato das pessoas envolvidas na reprodução assistida heteróloga deve ser mantido com o fito de tutelar os interesses da futura criança, entretanto, deve ceder com relação à pessoa que resultou da técnica de procriação, em face dos reconhecidos direitos fundamentais à identidade, privacidade e intimidade. De fato, afirma o doutrinador:

*[...] pode a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico, não por simples curiosidade, mas para o resguardo da sua existência, e proteção contra possíveis doenças hereditárias (ou genéticas) que pudesse vir a contrair diante da ascendência biológica.*¹²⁷

¹²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *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, p. 803.

Eduardo de Oliveira Leite é partidário do anonimato aplicável não somente ao doador, mas à criança e ao casal. Para tanto, considera, a priori, o interesse da criança na manutenção do equilíbrio e paz familiar, desestimulando, inclusive, o que ele denomina “manobras espúrias por parte dos doadores”¹²⁸

Sobre este prisma, o anonimato propicia o rompimento dos laços jurídico-familiares entre a criança e sua família afetiva e o doador. Para reforçar esta tese, utiliza, o referido autor, do exemplo entre nós já assimilado, do anonimato na adoção. Assim, o anonimato, em um ou outro caso desempenharia dupla função: a de propiciar a integração do recém-nascido à família sem qualquer interferência de terceiro na sua formação e desenvolvimento; e a de impedir tratamento discriminatório em relação à criança por parte das pessoas e da própria família dos pais, devendo, assim estender-se o anonimato não somente à pessoa do doador, mas também ao procedimento em si.

Mister, no entanto, que se perceba que, mesmo admitindo as vantagens advindas com o reconhecimento no anonimato, tal assertiva perde a razão de ser para a pessoa que é originada de um procedimento de reprodução assistida, quando esta adquire a maioridade civil, que pelo novo código civil brasileiro, acontece aos dezoito anos de idade. Neste momento, não há mais que se privilegiar o anonimato, eis que a pessoa já possui maturidade suficiente para compreender o procedimento que lhe gerou a vida, e deve ser considerado o direito de conhecer sua identidade genética. Deve prevalecer, sem dúvida alguma o interesse da pessoa, insculpido em seu direito à identidade e história de vida.

O jornal “O Globo”, a propósito, publicou matéria interessante em que noticiou-se que uma americana de dezoito anos, gerada por técnica de fertilização in

¹²⁸LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 158-177.

vitro heteróloga, solicitou ao banco de sêmen da Califórnia informações acerca da identidade do doador que viabilizou sua concepção, com o objetivo de compreender características e comportamentos que são estranhos ao de sua mãe e nunca para estabelecer vínculo paterno-filial. Este, segundo a reportagem, seria o primeiro caso nos Estados Unidos, após o estabelecimento de novas regras que permitem a revelação da identidade do doador.¹²⁹

Não significa, com isto, que vá admitir-se uma plena divulgação dos dados pertinentes a história genética da pessoa. No entanto, pelo menos a ela deve-se propiciar o direito de conhecer suas origens, como reflexo de seu direito da personalidade, mais especificamente do direito à identidade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na opinião de Guilherme Calmon, o Conselho Federal de Medicina acertou quando previu na resolução nº 1358/92, o princípio do anonimato, uma vez que toda a sociedade não pode ter acesso às informações constantes dos bancos de gametas. No entanto, errou quando generalizou o impedimento, inviabilizando o conhecimento pelo maior interessado: a própria pessoa concebida que, quando madura, tem o direito à identidade pessoal. Este direito é maior que qualquer impedimento e deve prevalecer.

3.3.2- O Anonimato No Direito Comparado

Embora não se poder tomar a experiência alheia como razões de decidir pela admissão ou não do princípio em tela, até pela diversidade na cultura e

¹²⁹ O Globo. Seção Ciência e Vida. Rio de Janeiro, 06.02.2002, p. 36 *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Renovar, p. 804.

no desenvolvimento científico e social entre os países, vale conhecer um pouco da experiência estrangeira.

O anonimato é regra na maioria dos países que possuem legislação a respeito, sempre defendido com os mesmos argumentos relativos à manutenção da técnica e da garantia de isenção de direitos e deveres do doador.

Há, contudo, países que mitigaram tal princípio, flexibilizando-o e relativizando-o. A exemplo disto, na França, a questão é discutida sob três aspectos:

a) Analisando-se a conveniência de permitir à criança gerada por reprodução heteróloga, a identificação de seu pai biológico, contraposta à conveniência de guardar segredo, inclusive, sobre a concepção através da técnica de reprodução assistida;

b) Avaliando-se a possibilidade de tal identificação conduzir ao vínculo jurídico entre a criança e o doador do material genético;

c) Perquirindo-se, acerca de, em casos excepcionais, como no caso de doenças hereditárias, poder-se conhecer a identidade do doador.

Contudo, vem se entendendo ser possível excepcionar o princípio do anonimato do doador tão somente em caso de necessidade terapêutica do filho biológico relacionado a alguma doença hereditária, em que somente os médicos do doador e do receptor poderão ter acesso às informações que permitam identificá-los.

Na Espanha, embora a regra seja o anonimato, permite-se excepcionalmente a revelação da identidade do doador, excluindo-se, no entanto, qualquer possibilidade de constituição de direito alimentar ou sucessório entre ambos.

Há ainda países que vedam o anonimato com veemência. Na Suécia e na Áustria, *v.g.* o sigilo é vedado com o fim de atender ao interesse da criança ou

adolescente, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas. Permite-se, ainda que, com a maioria, a pessoa possa conhecer o genitor biológico. A Bélgica furtou-se de dispor impedindo sequer o estabelecimento da paternidade do doador e na Alemanha, a regra é a proibição do anonimato do doador, e qualquer regra editada por autoridade pública que vise preservar o anonimato é considerada de pronto inconstitucional.

No direito Português, o posicionamento é no sentido de viabilizar o levantamento do sigilo do procedimento médico, considerando, no entanto, imprescindível a manutenção do anonimato do doador.¹³⁰

No Brasil, ratifica-se, vigora o princípio do anonimato. Não por força de lei, mas, na omissão do ordenamento, vêm-se adotando a resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que estabeleceu normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, entre as quais, no inciso IV, alínea 3, estabelece, *in verbis*:

[...] 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.¹³¹

De forma bastante assemelhada às regras estabelecidas no sistema francês, a referida resolução do Conselho Federal de Medicina, e seu inciso IV, nº 2, e 3, admitiu a possibilidade de fornecer informações acerca da identidade civil do doador para médicos, desde que haja uma necessidade motivada em razão de uma situação excepcional:

¹³⁰OLIVEIRA, Guilherme de *apud* GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Renovar, p. 293.

¹³¹BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1358/92. Disponível em www.cfm.org.br. Acesso em 28.11.2005.

Nosso legislativo, ainda que a passos lentos, vem se mobilizando no sentido de produzir a norma jurídica a regular as situações pertinentes. Neste afã, existem em tramitação projetos de lei na câmara dos deputados e no senado federal. Os tais praticamente formataram a resolução 1358/92 do CFM. O Projeto de Lei do senado federal (nº 90/99) é o que está com sua tramitação mais adiantada, conforme já visto anteriormente, no capítulo 2.

3.4 - CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM FACE DO ANONIMATO.

Certo é que o procedimento de reprodução assistida traz consigo, além de questões éticas, as questões jurídicas que deverão ser enfrentadas pelo legislador o quando antes a fim de dirimir o iminente conflito social dele decorrente.

Guilherme Calmon¹³² classifica tais conseqüências em pessoais e patrimoniais. Dentre as pessoais elenca: a não constituição dos vínculos paterno-materno-filiais, os impedimentos matrimoniais, a possibilidade de adoção pelo doador e o direito de conhecer a origem genética. Dentre as conseqüências patrimoniais, discute a questão dos alimentos e da sucessão hereditária. Entendendo a pertinência da temática abordada passamos a, seguindo esta linha, tecer comentários sobre tais conseqüências.

3.4.1 – Não Constituição Dos Vínculos Paterno-Materno-Filiais:

A reprodução assistida heteróloga tem a peculiaridade de inviabilizar o estabelecimento dos vínculos de parentesco. Daí a diferença com o instituto da

¹³²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, Renovar, 2003, p. 882.

adoção em que se conserva o vínculo consangüíneo e o parentesco é estabelecido de forma superveniente. Na reprodução assistida, pelo menos uma das linhas: paterna ou materna é desconhecida .e o vínculo é originário e decorre do projeto parental desenvolvido com seu cônjuge ou companheiro¹³³.

Em razão da distinção entre estas formas de substituição da família original e da ausência de regramento no que tange à reprodução assistida heteróloga é que se tem utilizado o tratamento legal dado à adoção como suporte analógico para concluir que não há o estabelecimento de vínculos parentais entre o doador de gametas e a pessoa concebida.

Isto porque quando faz a doação, não age com vontade ou assumindo “um risco” de concepção ou mesmo por irresponsabilidade. Pelo contrário, age em solidariedade ao casal que, por infertilidade, não teria condições de procriar sem sua doação. Não há como pois atribuir-lhe qualquer vínculo com a pessoa concebida, e mesmo revelada a origem genética, isto não significa que o vínculo passará a existir. Conforme bem acentua Zeno Veloso¹³⁴, tal situação constitui exceção ao biologismo, na medida em que a consangüinidade é desconsiderada para fins de estabelecimento do parentesco civil.

Embora a não constituição dos vínculos parentais tenha uma abrangência muito maior que será apreciada separadamente, a principal constatação que dela advém é a de que inexistindo vínculo inexiste também direitos e deveres de ambas as partes: doador e concebido. Nem mesmo a morte dos pais jurídicos é capaz de suscitar o surgimento do vínculo. Não ocorre a reconstituição a exemplo do que ocorre na adoção, a teor do art. 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹³³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op.cit.*, Renovar, 2003, p. 883.

¹³⁴VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.152.

A doutrina brasileira é quase unânime nesta questão. Cumpre salientar, entretanto, que a inexistência do vínculo parental entre doador e concebido não é incompatível com o princípio do anonimato. É perfeitamente possível admitir-se que o concebido tenha acesso à informação acerca de sua origem biológica sem que com isto seja constituído o vínculo parental¹³⁵. Em que pese opiniões diversas que consideram o anonimato essencial para o não estabelecimento de vínculos¹³⁶, tem-se por certo que o anonimato deve ceder a valores maiores como a dignidade da pessoa humana e o direito à identidade, sem que com isto se venha a preterir dos vínculos construídos com a família afetiva.

3.4.2 – Impedimentos Matrimoniais

Os impedimentos matrimoniais, leciona Guilherme Calmon:

*[...] são as limitações previstas em lei a respeito da possibilidade jurídica das pessoas impedidas se casarem diante da constatação da existência de algum motivo considerado grave em outros campos do conhecimento como na biologia, na ética, na moral, entre outros*¹³⁷

No que tange a tais impedimentos entre a pessoa do doador e a concebida por reprodução assistida, à mingua de legislação pertinente ao tema, deve-se interpretar extensivamente a regra preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 41, na parte final, bem assim da regra trazida no art. 1.626 do Código Civil.

Assim, mesmo não estabelecendo vínculos parentais, deve-se ressaltar a questão dos impedimento matrimoniais havidos entre as partes envolvidas. Isto, conforme bem lembra Maria Helena Diniz, objetiva evitar o risco do incesto e da

¹³⁵ Acerca da distinção entre a constituição da filiação e o mero conhecimento ou identidade da paternidade, tratará o quarto capítulo deste trabalho

¹³⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Aspectos Jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.139.

¹³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit*, Renovar, 2003, p. 892.

conseqüente “degeneração da espécie humana”. Para tanto, sugere a criação de mecanismos de controle que evitem casamentos consangüíneos em virtude de oferecerem conseqüências genéticas desastrosas para a descendência.¹³⁸

Em verdade, o impedimento de consangüinidade se funda em razões morais – na medida em que impede uniões incestuosas e biológicas ou eugênicas – por preservar a prole de deformidades somáticas, fisiológicas ou psíquicas.

Por derradeiro, utilizando-se ainda da interpretação extensiva, forçoso concluir que o impedimento matrimonial não se resume às pessoas do doador e do concebido. Abrangem também os parentes e afins do doador nos mesmos limites do parentesco jurídico.

3.4.3 – Possibilidade de Adoção Pela Pessoa Do Doador

Outra questão tormentosa é a possibilidade de adoção do concebido por reprodução assistida pelo doador de gametas.

Ora, o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando da adoção, inviabiliza os casos de adoção por parentes na linha reta. Ocorre que, como já anteriormente analisado, na reprodução assistida não há constituição do vínculo parental. Logo, em princípio, inexistindo vínculo, não se poderia estender ao doador a proibição estatuída no parágrafo 1º do artigo 42 do Codex menorista.

Assim, embora não haja possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade em virtude de que, aos olhos do direito, esta não existe no que se refere ao doador, é possível admitir-se a adoção da pessoa pelo doador dos gametas utilizados na concepção do adotante.

¹³⁸DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.454-462.

Tal situação chega aos limites do hilário, uma vez que, admitindo tal possibilidade, assentir-se-á com o fato de aquele que biologicamente gerou o adotante pode ver estabelecido o parentesco civil através da adoção !

Fato é, no entanto, que diante da legislação em vigor, a negativa de um juiz em conceder ao doador de gametas a adoção do concebido, apenas pode fundar-se na verificação de objetivos escusos ou egoísticos de ordem exclusivamente patrimonial.

3.4.4- Direito Ao Conhecimento De Sua Identidade Genética

Sendo este o tema central do presente trabalho, reservar-se-á a análise deste tema no quarto capítulo.

3.4.5- Direito a Alimentos

O direito a alimentos, estabelecido no direito brasileiro como reconhecimento da natural impossibilidade de manutenção dos menores em razão da pouca idade. Mais que isto, revela também o compromisso dos pais em fornecer aos filhos todo o necessário à satisfação de suas necessidades.

Neste diapasão preleciona Washington de Barros Monteiro, citando o pensamento de FRANK: “Convocar um ser humano à existência é assumir o compromisso de ser a sua providência e de arredá-lo do sofrimento e das privações”.¹³⁹

¹³⁹MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2º V. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 297.

Mais que isto, na esteira da Constituição da República e do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de admitir-se a possibilidade de pleitear e obter alimentos para o nascituro, quando a mulher deles necessite no período da gravidez, para ter uma gestação sadia e propiciar o desenvolvimento do bebê.

3.4.5- Direito à Sucessão Hereditária

Assim como a distinção entre filhos naturais e adotados é hoje repugnada, de igual modo qualquer discriminação para com a pessoa nascida mediante utilização de técnica de reprodução assistida é totalmente condenável, ainda que tal técnica não seja aceita no país.

Todos os direitos, inclusive os sucessórios, pois, deverão ser assegurados aos filhos oriundos da reprodução com assistência. É a regra que se extrai da norma constitucional insculpida no art. 227, parágrafo 6º.

Merece destaque a questão da reprodução heteróloga *post mortem*, quando a inseminação ocorre após o falecimento do pai. Esta hipótese ainda não foi concebida em nosso ordenamento em virtude da evidente diferença que produz entre os filhos, eis que a criança oriunda desta inseminação não teria direitos sucessórios.

Entretanto, Guilherme Calmon, fulcrado no princípio do melhor interesse da criança, defende a idéia de que, caso isto ocorresse, a pessoa concebida teria direito a buscar da mãe reparação do dano patrimonial, na forma de lucros cessantes, consistente no quantum de sua cota-parte da herança¹⁴⁰.

¹⁴⁰GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op cit*, Renovar, 2003, p. 938.

Concluindo, não se pode oferecer aos filhos havidos por técnica de reprodução assistida o mesmo tratamento dos adotados, tão somente utilizando a analogia ou a interpretação extensiva.

Mister que se erija uma legislação própria que vislumbre esta nova forma de constituição do parentesco civil de maneira específica e peculiar, harmonizada com as normas e princípios constitucionais. A postura omissiva do Estado revela descaso e despreocupação com o futuro da humanidade e indiferença para com os princípios por si próprio erigidos, como o respeito à dignidade humana. É necessário delimitar as questões pertinentes ao tema de forma a proteger o doador de gametas e a pessoa por ele concebida, na maioria das vezes estranhos, das mazelas decorrentes do anonimato.

CAPÍTULO 4 - FILIAÇÃO DECORRENTE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.

O estado de filiação é previsto no direito brasileiro nos artigos 1593, 1596 e 1597 que respectivamente tratam da filiação biológica havida em relação ao casamento ou união estável, em face de ambos os pais ou ainda em face de um deles apenas na família monoparental; da filiação afetiva oriunda da adoção que se opera em face de ambos ou apenas do pai ou mãe; e da filiação afetiva havida em razão de inseminação artificial heteróloga, em face do pai que nela consentiu.

Veza por outra depara-se com situações em que se confrontam a filiação biológica e a afetiva. Historicamente, o conflito sempre se resolveu pendendo para a filiação biológica, e isto em razão de fatores históricos, religiosos e ideológicos que permearam a concepção de família, sob a ótica patriarcal e matrimonialista. Exemplo disto, eram as odiosas distinções entre filhos estabelecida no código civil de 1916.

Entretanto, a inauguração de uma nova ordem constitucional trouxe consigo uma gama de princípios humanizantes, caracterizada sobretudo pela preocupação com a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e a paternidade responsável. Na verdade passamos de um constitucionalismo de regras para um constitucionalismo de princípios. Esta foi a grande mudança!

A propósito, ressalte-se conforme lição de Heloisa Helena Barboza¹⁴¹ que no que concerne aos fenômenos bioéticos não se cuida de uma alteração de paradigma ou ideologia, mas de substancial modificação fática.

A mudança refletiu-se em todos os ramos do direito, em especial no direito de família. A visão constitucionalizada do direito de família desencadeou um processo de concretização dos princípios, que vem se solidificando dia-a-dia. Com esta humanização do direito constitucional não mais se admite a palavra “sacrifício”. Ela foi substituída por “solidariedade” e “misericórdia”.

Nesta ordem de idéias, conforme bem ressaltou Paulo Luiz Netto Lôbo, “o estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectério, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem.”¹⁴²

A origem biológica da filiação deixou de ser a questão mais relevante para se tornar uma espécie, juntamente com a não biológica. A afetividade é o que se privilegia. Esta é a tendência atual do nosso direito.

Não se pode negar, todavia, que, por vezes, como bem acentua Paulo Luiz Netto Lobo¹⁴³, os tribunais vem confundido o que seja estado de filiação com origem biológica. Da mesma forma, o legislador deixa claro, nos projetos comentados no capítulo dois, também desconhecer a distinção entre os conceitos e, no afã de resguardar o estado de filiação e prestigiar a paternidade socioafetiva, acabam por restringir um dos direitos da personalidade: o direito à identidade sobre a origem genética.

¹⁴¹BARBOZA, Heloisa Helena. *Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos Jurídicos. Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barbosa e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

¹⁴²LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5, n. 19, Ago/Set, 2003, p. 134.

¹⁴³*Ibidem, loc. cit.*

A distinção é, contudo, necessária para que, no confronto de interesses protegidos pelo direito, possa-se utilizando a razoabilidade, escolher aquele que deve preponderar.

Daí a observação precisa de Paulo Luiz Netto Lôbo no sentido de que “a origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas”¹⁴⁴

Assim, na medida em que se reconhece que a origem biológica da filiação não é mais o dado crucial no estabelecimento da paternidade/maternidade, é forçoso reconhecer que o direito ao seu conhecimento não afeta, de forma alguma o estado de filiação que se lhe é reconhecido. Quando se fala em garantir o direito ao conhecimento da origem genética não se quer, com isto, nem mesmo estremecer a relação paterno-filial constituída pelo vínculo civil derivado da reprodução assistida, mas tão somente dar concretude a um direito igualmente protegido na Constituição e no Código Civil: O direito à identidade.

4.1. VEDAÇÃO AO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA

O princípio do anonimato adotado na resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina é visto hoje como a pedra fundamental dos tratamentos de reprodução assistida.

Argumenta-se que tal princípio adotado na referida norma administrativa e utilizado até a presente data sem nenhuma impugnação judicial ou

¹⁴⁴LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, 2003, p. 134.

manifestação social, foi eleito exatamente para proteger a criança nascida por técnica de reprodução assistida. Teme-se que a criança se torne objeto de disputa entre o doador e seus pais ou que a vedação do anonimato impeça a autonomia e o desenvolvimento normal da família constituída com o auxílio da biotecnologia, porventura temerosa de ser importunada pelo doador ou vice-versa.

Defende-se a tese de que o que se pretende não é objetar o conhecimento da criança acerca de sua origem, do procedimento que a gerou e, até mesmo de sua identidade genética, mas preservar a identidade civil dos doadores e receptores.

E mais, leciona-se, ainda, que o conhecimento da identidade civil do doador é contrária ao melhor interesse da criança, que a revelação afronta aos direitos da personalidade dos doadores, que a doação praticamente desapareceu em países como a Suécia, onde se permite a revelação, que o sigilo deriva do Juramento de Hipócrates e é de tal importância que é tutelado até mesmo pelo direito penal e, por fim, que a tese do anonimato encontra fundamento legal na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, em seus artigos 7º e 9º que expressamente dizem:

Art. 7º - Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou par qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.

Art. 9º - as limitações ao sigilo só poderão ser prescritas em lei, por razões de força maior, dentro dos marcos da legislação pública internacional e da lei internacional de direitos humanos.¹⁴⁵

O discurso doutrinário em favor do anonimato, no entanto, esbarra nas questões práticas a serem solucionadas como por exemplo a prevenção de casamentos consangüíneos. Para a solução deste problema, a maioria dos projetos de lei em tramitação previu a limitação de duas fertilizações por doador numa área

¹⁴⁵BRASIL. *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 10.11.2006.

que abranja 1 milhão de habitantes. Como se assim não fosse possível ocorrer o indesejável matrimônio consanguíneo vedado pela lei e rejeitado segundo os valores éticos e morais da sociedade! Ora, a ilação que se deduz dos impedimentos para o matrimônio faz presumir que o verdadeiro doador do sêmen seja conhecido para que sejam evitados problemas genéticos e civis no futuro.

A propósito disto, vale citar o voto do Ministro Sávio de Figueiredo em um julgamento referente a uma ação negatória de paternidade, no qual relata que:

[...] ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data, o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, e que saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança: um direito humano que nenhuma lei ou Corte pode frustrar.¹⁴⁶

Na verdade, o que se teme conceber é o estabelecimento de vínculo parental entre o doador e a pessoa concebida através da técnica. Tanto é que, na justificativa apresentada ao projeto de lei nº 1135/03 da Câmara dos Deputados, seu autor, o deputado Dr. Pinotti, na defesa da vedação ao anonimato, textualmente afirma: “Ademais, qual o benefício que a revelação traria ? Nenhum, certo que se pretende determinar que não existe vínculo algum entre doadores e a prole nascida, não havendo nenhum tipo de filiação¹⁴⁷”.

Esta assertiva nos assegura que a necessária distinção entre “direito ao estado de filiação” e “direito à origem genética” não foi ainda assimilada pelo legislador e que os diversos projetos de lei em que se faz repetidas tentativas de se erigir uma legislação que trate do tema estão mais preocupados com a constituição do estado de filiação e com as repercussões patrimoniais, ignorando o inexorável

¹⁴⁶BRASIL. Julgamento do Resp. n .4.987 – RJ no STJ *apud* VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 71.

¹⁴⁷BRASIL. Projeto de Lei 1135/03. Justificativa. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 27/11/06.

sentimento existencial, social e jurídico do ser humano em conhecer sua origem, o qual encontra amparo no direito posto.

Assim é que Gerard Cornu assevera: “a verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores”¹⁴⁸.

Para ele, confundir verdade real da filiação com verdade biológica, é um entendimento “reducionista, cego, demagógico e decepcionante”, engendrando “um direito biológico totalitário, além de um pseudo-direito subjetivo ilusório e nefasto”¹⁴⁹

Isto quer dizer que o estabelecimento dos laços afetivos construídos na relação paterno-materno-filial são, inegavelmente, o fundamento do estado de filiação, o qual não se desfaz ante ao simples conhecimento da ascendência genética. O direito ao estado de filiação é objeto do direito de família. O direito ao conhecimento da origem genética, direito da personalidade.

A questão que envolve o direito ao conhecimento da identidade genética é deveras delicada, porque envolve o sentimento, o desejo e até a necessidade de conhecer suas origens para obter respostas para os mais variados questionamentos.

Entretanto, a doutrina é divergente no que tange à garantia do anonimato, porque enxerga no direito à identidade genética um elemento ressuscitador da primazia da paternidade biológica. Esta é a visão esposada por Eduardo de Oliveira Leite:

A pretendida alegação de que a criança tem “direito” a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica (matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno) quando é sabido que,

¹⁴⁸CORNU, Gerard *apud* LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, 2003, p. 149.

¹⁴⁹*Ibidem, loc cit.*

*atualmente, a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível*¹⁵⁰

O autor citado elenca outros argumentos a robustecer seu parecer, aduzindo que há maior respeito à dignidade humana no não conhecimento da origem genética do que o contrário, que a defesa do direito à ação de investigação de paternidade contra o doador do sêmen significa possibilitar a qualquer criança adotada o direito de buscar sua origem genética. Outra questão suscitada pelo autor é exatamente a preocupação com o estabelecimento de relações com vistas à obtenção de vantagens pecuniárias.

Zeno Veloso parece também concordar com a manutenção do anonimato, vez que, embora não se posicione explicitamente, aponta para a validade da experiência dos países onde a inseminação artificial está mais desenvolvida, asseverando que nestes há consenso acerca da manutenção do anonimato sobre o doador do sêmen. E conclui:

*Embora o direito, a sociologia, a filosofia, as ciências sociais, em geral, não tenham conseguido acompanhar o vertiginoso desenvolvimento técnico-científico das últimas décadas, neste nem sempre admirável “mundo novo”, o legislador deve ficar atento para, ao menos, não chegar irremediavelmente atrasado, podendo inclusive, aproveitar algumas soluções uniformes e consensuais do direito comparado, observando, também as judiciosas sugestões que têm sido apresentadas pela doutrina nacional*¹⁵¹

Também adota posicionamento favorável à manutenção do anonimato Gustavo Tepedino, argumentando que é a única forma de se garantir que a doação de esperma seja um ato verdadeiramente desinteressado¹⁵².

Em posicionamento distinto se encontra José Roberto Moreira Filho, o qual entende ser direito personalíssimo da criança o reconhecimento de sua origem

¹⁵⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p.339.

¹⁵¹VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, 1997, p.159.

¹⁵²TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.389.

genética, direito que não pode ser obstaculizado, renunciado ou disponibilizado pelo pai ou pela mãe.¹⁵³

No mesmo diapasão a doutrina de Tycho Brahe Fernandes que, na defesa do direito ao conhecimento da identidade genética afirma que negar à criança concebida por meio de reprodução assistida a possibilidade de aforar uma ação investigatória constitui-se em inaceitável discriminação, vez que se estará negando a ela um direito que é reconhecido às outras nascidas de relações sexuais.¹⁵⁴

A propósito, vale aqui salientar o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo, no sentido de que para a garantia da tutela do direito da personalidade (conforme entende ser o gênero do qual é espécie o direito à identidade genética) não há necessidade de se investigar a paternidade, sendo incorreta a escolha da via da ação investigatória. Elucida que “os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida”.¹⁵⁵

O referido autor deixa claro seu parecer acerca do reconhecimento do direito à identidade genética, ressaltando, no entanto, que este direito é pertinente aos direitos da personalidade e não guardam relação de dependência com o direito ao estado de filiação. No fio do exposto, conclui:

*[...] o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim.*¹⁵⁶

¹⁵³MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 27.11.2006.

¹⁵⁴FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.86.

¹⁵⁵LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5 n. 19, Ago/Set., 2003, p 151.

¹⁵⁶*Ibidem*, p.153.

Também ratifica o entendimento de que o sigilo não pode sobrepor o direito à identidade genética, Álvaro Villaça de Azevedo defende que o filho gerado por técnica de reprodução assistida poderá a qualquer tempo, investigar sua paternidade, sendo que os dados do doador deverão ser fornecidos pelos responsáveis, em segredo de justiça.¹⁵⁷

Heloísa Helena Barboza demonstra sua preocupação com a norma ética estabelecida pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que regulamenta a utilização das técnicas de procriação artificial e que estabelecem a manutenção do sigilo sobre a identidade do doador, excetuando apenas as situações especiais em que haja motivação médica e a revelação se restrinja aos médicos envolvidos, resguardando, de toda forma a identidade civil do doador. Entende a ilustrada mestra que tal prática não é coerente com a norma constitucional que garante à criança a convivência familiar, afrontando também o princípio do melhor interesse da criança, a qual poderá, em não sendo reconhecida, ficar sem pai.¹⁵⁸

Vale ressaltar que, na análise do dever de sigilo do médico que inclusive pode gerar responsabilização civil, tem-se reconhecido a relatividade de princípio. Assim é que Bruno Lewicki considera a possibilidade de o caráter absoluto do sigilo ser devidamente ponderado em alguns casos, como por exemplo, ante o direito da pessoa gerada por intermédio de reprodução assistida heteróloga conhecer sua herança genética. Entende o citado autor que decisão comedida é retirar do médico a responsabilidade pelo sigilo dos dados, reconhecendo, assim, a

¹⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça de *apud* FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.85.

¹⁵⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.165.

necessidade de o direito alçar sua voz e ditar regra específica que regule a matéria¹⁵⁹.

Sem dúvida alguma, examinando os respeitáveis argumentos de ambas as correntes doutrinárias, o jurista há de sentir-se impotente para decidir por filiar-se a uma. O tema não é simples. Entretanto, vale lembrar que o direito à identidade genética deve sobressair em razão de sua fundamental importância na conformação do ser humano, em todos os planos.¹⁶⁰ Principalmente ao considerar que o direito deve ser instrumento de proteção não apenas do ser humano, mas sobretudo, da espécie humana. E tal afirmação proferida com maestria pela ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lucia Antunes Rocha¹⁶¹, se funda na necessidade de se resguardar a dignidade de quem ainda nem nasceu, das “gerações futuras”, conforme dispositivo constitucional expreso. É a concretização do princípio da solidariedade das gerações, que numa visão concepcionista, protege não somente os nascituros, mas, por que não dizer, também aos concepturos!

4.2. DIREITO DE PRESERVAR O VÍNCULO PARENTAL COM A FAMÍLIA AFETIVA

É certo que a filiação em nossa codificação atual, transformada pela influência inquestionável dos princípios constitucionais, ganhou novas feições. A desigualdade entre os filhos, demonstração maior que foi de um direito civil de características eminentemente patrimonialistas, quedou finalmente, conferindo a

¹⁵⁹LEWICKI, Bruno. *Op. cit.*, p. 141.

¹⁶⁰XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do Ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58.

¹⁶¹ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Palestra proferida em 01.12.2006, em evento comemorativo ao 18º aniversário da EMERJ – na cidade do Rio de Janeiro-RJ.

todos os filhos, seja qual for sua origem, e não somente a estes, mas a todos os membros da família, o direito de serem considerados iguais perante a lei.

O princípio da igualdade, elevado à condição de fundamento da república, modificou sobremaneira a forma de encarar o direito de família em nosso país. O reconhecimento de outras formas de constituição de família que não a sempre privilegiada família matrimonial, a isonomia entre os cônjuges quer nas funções que exercem no seio familiar, quer no respeito mútuo que se lhes exige, a queda do “pátrio poder” e o nascimento do “poder familiar”, entre tantas outras mudanças significativas, são amostras de que uma admirável mudança de paradigmas ocorreu e ainda está ocorrendo no direito brasileiro.

Houve, na verdade, e ainda há, um processo de repersonalização das relações de família, que não se remete ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar. E a doutrina nacional vem reconhecendo esta realidade:

Esse modelo de família edificou a disciplina da filiação sobre três pilares, constitucionalmente fixados : a plena igualdade entre os filhos, que retirou a carga discriminatória que pesava naqueles nascidos fora do casamento; a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais, que permitiu o desenvolvimento pleno da pessoa, independentemente da sua origem de nascimento; e a doutrina da proteção integral, que ainda considera a família como base da sociedade, mesmo atribuindo-lhe deveres e fornecendo meios para sua organização.¹⁶²

Entretanto, mesmo diante dos progressos obtidos no curso da história, não se pode apagar da memória todos os percalços pelos quais passou-se até chegar onde se chegou. Não é tarefa fácil desconstruir conceitos consagrados pela lei, doutrina e jurisprudência.

¹⁶²QUEIROZ, Juliane Fernandes *apud* OLIVEIRA, Raquel Martins de. *A consangüinidade e a afetividade na determinação da paternidade*. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 20.04.06.

Prova disto é a valorização exacerbada concedida por juízes e tribunais à prova pericial, notadamente o exame de DNA, que tornou-se prova cabal da existência do vínculo parental:

Com o advento do exame de DNA, identificador da paternidade biológica, superou-se o sistema presuntivo do vínculo fundado em matrimônio, a fim de se alcançar a verdade biológica. Desse modo, a verdadeira paternidade ainda é entendida como parentesco consanguíneo. Na determinação da paternidade a prova pericial médica passou a ser cabal e definitiva. As sentenças proferidas por nossos tribunais passaram, neste momento, a ser completamente embasadas no laudo que ora excluía paternidade e ora a afirma, criando, assim, os filhos do laudo¹⁶³

O direito de família aplicado, na prática, ainda demonstra ter dúvidas acerca da escolha, já evidenciada na doutrina, pela paternidade afetiva. E esta dúvida revela o despreparo de um Judiciário acostumado com a escravidão da letra da lei e que muitas vezes não sabe lidar com as questões axiológicas, que dirá utilizá-las como suas razões de decidir. Nesta ordem de idéias, não há como negar o que bem observou Eduardo de Oliveira Leite:

Ou seja, retornando à estaca zero e questionando as construções jurídicas abstratas, construídas pela ordem jurídica, as procriações artificiais nos reconduzem à uma questão crucial, esta, de saber qual é a verdade que o direito positivo quer estabelecer; pois há duas verdades em matéria de filiação: a verdade biológica – a dos laços de sangue – e a verdade do coração, dos sentimentos – a que corresponde à filiação, querida, desejada, vivenciada no dia-a-dia de uma existência.¹⁶⁴

É inegável que o modo de se encarar a filiação vem sofrendo mudanças paulatinas que passaram pela já mencionada isonomia entre os filhos, por sua participação mais ativa na forma nuclear de família, pela valorização do vínculo afetivo em detrimento do vínculo biológico, gerando a tão debatida, mas reconhecida desbiologização da paternidade.

¹⁶³QUEIROZ, Juliane Fernandes *apud* OLIVEIRA, Raquel Martins de. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 20.04.06.

¹⁶⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. *In*: Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p 79.

A Constituição Federal está repleta de fundamentos a este estado de filiação desvinculado do vínculo biológico. Conforme bem acentuou Paulo Luiz Netto Lôbo, encontramos subsídio para tal na igualdade entre os filhos, que independe de sua origem (artigo 227 parágrafo 6º); na igualdade de direitos alçada pelo adoção, como escolha afetiva (artigo 227, parágrafos 5º e 6º); na proteção da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º), na garantia do direito à convivência familiar (art.227, caput), e, entre outros, no dever de solidariedade que deve pautar o relacionamento dos membros da família: pais para com os filhos, filhos para com os pais e de todos em relação aos idosos (artigos 229 e 230)¹⁶⁵.

Também não se almeja negar que:

*[...] o vínculo parental, diante dos casos envolvendo as técnicas de reprodução medicamente assistida, deixou de ser um fato natural (o ato sexual), passando a consistir na vontade e, conseqüentemente, no consenso, a abalar o arcabouço normativo no tema da paternidade*¹⁶⁶

O elemento afeto na configuração da filiação caracteriza-se pela expressão da vontade em se dedicar ao exercício de uma função denominada paternidade. É a construção de um vínculo entre pai/mãe e filho feita cotidianamente. E isto fica deveras evidenciado na experiência de filiação decorrente de reprodução assistida heteróloga, conforme acentua Heloísa Helena Barboza :

*Quando se consideram as relações de paternidade e maternidade criadas mediante intervenção da ciência, mais difícil se torna insistir na relação biológico como única fonte de parentesco, mormente se considerada a importância da autonomia da vontade e da responsabilização como elementos irrefutáveis ao conceito de paternidade que deve se sobrepor a qualquer vínculo de sangue.*¹⁶⁷

¹⁶⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5 n. 19, Ago/Set., 2003, p 142.

¹⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, 2000, p.19.

¹⁶⁷ BARBOZA, Heloísa Helena *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, 2000, p. 19.

A desconstrução, no entanto, da errônea primazia da consangüinidade sobre a afetividade, deve representar um ganho para o relacionamento paterno-filial, nunca a restrição de direitos inerentes à personalidade humana.

Assim, não há como admitir que, ao argumento da inegável necessidade de garantir-se o estado de filiação decorrente da utilização das técnicas de biotecnologia, se possa preterir do não menos importante direito de conhecimento da origem biológica.

E o reconhecimento de tal direito não implica, de modo algum, em qualquer abalo à relação parental constituída pela filiação afetiva. Pelo contrário, eis que, na medida em que, inobstante conceder à pessoa gerada por técnica de reprodução assistida o direito à sua identidade genética, mantenha-se o vínculo de parentesco com o pai ou mãe afetivo, fortalece-se o vínculo, tornando-o intransponível, sem brechas ou máculas porventura causadas pelo desejo do conhecimento das origens. Esta concepção, aliás parece ter sido o fundamento de recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu, em ação investigatória, a possibilidade de conhecimento da origem biológica sem a desconstituição da filiação, prestigiando assim a afetividade e inaugurando um novo perfil na jurisprudência, que atenta para as já fundamentadas lições doutrinárias.¹⁶⁸

Desnecessário, neste momento, ressaltar as vantagens práticas do conhecimento da origem genética, relativas á manutenção da saúde em face da

¹⁶⁸BRASIL. TJSP. Apelação n. 369958-4/8-00 - Novo Horizonte - 9ª Câmara de Direito Privado - 31/01/06 - Rel. Des. João Carlos Garcia - v.u. - V. 9975. Disponível em www.tj.sp.gov.br. Acesso em 10.12.2006. Íntegra do acórdão: Investigação de paternidade - Prova hematológica - Paternidade biológica reconhecida por exame de DNA - Criança, todavia, registrada anteriormente pelo companheiro de sua mãe - Paternidade sócio-afetivo ou adoção à brasileira configurada - Prevalência desta última pois a filha esta perfeitamente integrada na família formada pela genitora biológica e o pai sócio-afetivo - Inconveniência para a criança, em prol de quem existem normas de proteção de seu desenvolvimento sócio-afetivo, de se alterar a situação já existente e consolidada - Restrição da sentença aos efeitos meramente declaratórios, sem alterar o registro de nascimento da filha, com a observância do procedimento determinado pelo art. 47, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - Recurso provido em parte para esse fim.

evolução da biotecnologia e à prevenção de uniões incestuosas. Até por que a doutrina que pugna pela manutenção do anonimato reconhece a necessidade, nestes casos, da revelação.

Mas, é imperioso destacar que é mister atentar para a tutela da personalidade, não menos importante, que toda pessoa tem de conhecer sua origem biológica. Direito personalíssimo que independe de inserção na relação de família, conforme com precisão leciona Paulo Luiz Netto Lôbo: “a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”¹⁶⁹

A distinção entre os conceitos de “pai” e “genitor” ou “mãe/genitora” se impõe. Os primeiros são os que criam. Os segundos, geram. O reconhecimento do direito de conhecimento da origem genética não tem qualquer relação com o parentesco ou os efeitos daí decorrentes. O pai e a mãe continuarão sendo pai e mãe e os genitores, meros doadores de células germinativas. Esta é a visão constitucionalizada, comprometida não somente com o direito de uma das partes, mas que levanta os olhos para oferecer uma solução que atenda também o interesse da outra parte, quiçá tão ou mais importante que a primeira.

O temor das repercussões patrimoniais é que, na verdade, vem pautando a defesa da manutenção do anonimato como regra na utilização das técnicas de reprodução assistida. E o continuísmo desta tese é que, ao contrário do que se alega, revela o ranço da visão patrimonialista que sempre pautou as relações civis.

Negar o conhecimento da origem genética é um retrocesso, um contrasenso, a negativa de todo o afirmado em nossa carta política !

¹⁶⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, 2003, p 153.

É neste mister que afirma Silmara Chinelato:

[...]o direito à identidade genética não significa a desconstituição da paternidade dos pais sócio afetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade sócio afetiva e a denominada “desbiologização” da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o direito da personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame do tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal¹⁷⁰

Em decisão polêmica proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 71.373/RS (DJ 22.11.1996), em voto da lavra do Ministro Marco Aurélio de Melo, entendeu, no caso de recusa do réu em submeter-se a exame de DNA, pela não utilização da constrição jurídica que o obrigasse a tal, a malsinada condução “debaixo de vara”, em alegada homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entendeu o magistrado que a presunção que decorre da recusa, é suficiente para formar o juízo de valor e estabelecer o vínculo parental.

Note-se que a solução, acabou atendendo em parte o interesse do(a) autor(a): manteve-se o vínculo parental então discutido e, por conseqüência, obteve-se a garantia de recebimento de alimentos, dos direitos sucessórios, etc.

Entretanto, na medida em que entendeu lesivo à dignidade do réu o fato de constrangê-lo a submeter-se ao exame, o tribunal desconsiderou o interesse implícito do(a) autor(a), ou, pela dimensão da decisão em comento, das milhares de pessoas que almejam com a ação investigatória descobrir sua origem, conhecer sua ascendência genética. Sacrificou-se, pois, a dignidade da parte autora (uma vez que o direito da personalidade também se funda no princípio da dignidade humana) ao argumento de proteger-se a dignidade do réu.

É nesta esteira que Paulo Luiz Netto Lôbo assevera:

¹⁷⁰ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato *apud* MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos Jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 28.11.2006.

Se houver colisão de direitos, com base no mesmo princípio constitucional, os critérios hermenêuticos do balanceamento ou ponderação dos interesses não recomendam que um seja previamente sacrificado em benefício do outro. Em tese, negar o direito ao conhecimento da origem genética é tão lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto a submissão compulsória a exame.¹⁷¹

O princípio do anonimato tem sido visto como dogma absoluto, afrontando princípio quiçá maior, qual: o direito à identidade biológica do cidadão. É necessário atentar para a necessidade premente de harmonizar-se os princípios em questão, valorizando o direito do indivíduo em conhecer suas raízes, sem que com isto seja compelido a abdicar da família afetiva que o acolheu. Em suma, o direito de conhecer a identidade biológica não é incompatível com a paternidade afetiva construída através de uma reprodução assistida. O indivíduo pode desfrutar de ambas sem prejuízo para quem quer que seja, se uma legislação séria for erigida a regular a questão.

¹⁷¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p.154.

CONCLUSÃO

Não se pode negar que a utilização de técnicas de reprodução assistida já foi plenamente assimilada por nossa sociedade. É unânime o reconhecimento de que tais técnicas contribuem para a melhoria da qualidade de vida e da saúde de inúmeras mulheres e homens que encontram nelas a esperança de concretizar o sonho de constituir uma família com prole própria. A mulher, em particular, aliás, freqüentemente associa a maternidade à própria feminilidade. Nesta ordem de idéias, é forçoso admitir que as técnicas de reprodução assistida contribuem, de certa forma, para a afirmação da dignidade humana, na medida em que auxiliam na realização do projeto parental do indivíduo. Contudo, a concretização das mesmas, seu regramento e desenvolvimento, deve também pautar-se no princípio mencionado de forma a garantir que, na ponderação de interesses, não se inverta os valores.

O princípio do anonimato, modelo adotado pela resolução do Conselho Federal de Medicina que hoje regula o procedimento, além de inúmeros outros inconvenientes, é inconstitucional na medida em que impede o conhecimento da origem genética. Mesmo sem deixar de reconhecer no anonimato alguma utilidade prática, o legislador brasileiro deve preterir-lo em face do direito de conhecimento da origem genética. E deve fazê-lo de forma clara, como regra. Não como exceção.

A nova família constitucionalizada deve enxergar o direito ao estado de filiação – tema de direito de família, como algo desvinculado do direito à identidade de conhecer a origem biológica- tema pertinente aos direitos da personalidade.

Os filhos da biotécnica devem ver assegurado seu direito à identidade. Deve-se permitir que conheçam sua origem genética e isto por inúmeras razões, não somente as de natureza prática e razões de saúde como a prevenção de doenças e a questão das uniões incestuosas, mas também as de ordem axiológica devem ser consideradas.

Isto não implica em retrocesso para o novo direito de Família mais preocupado com o afeto do que com os laços de sangue. Quando se aventa a hipótese de conhecer-se as origens genéticas, e muitas razões há para isto, sequer se cogita da possibilidade de quebra do vínculo parental com a família afetiva. Esta relação deve ser protegida a todo preço.

O que se espera do legislador é que a lei em edificação possa garantir à pessoa nascida por biotécnica o direito de conhecer sua origem genética, preservando, contudo o parentesco civil nascido dos laços de afeto construídos com seus pais jurídicos.

A breve análise dos projetos de lei em tramitação revela que, inobstante a intensa atividade legislativa acerca do tema, efetivamente não se tem um projeto sequer que atenda a todas as peculiaridades que o delicado assunto possui.

As lacunas, talvez, possam ser supridas na medida em que a tramitação conjunta de alguns projetos viabilizará o aproveitamento dos aspectos positivos de cada um.

A urgência que requer o regramento deve ser considerada, sem contudo preterir do aperfeiçoamento de um texto que observe os valores e princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro e que devem pautar todas as normas jurídicas.

Talvez a existência de um texto legal, ainda que aborde com profundidade, desprendimento e, ao mesmo tempo, comprometimento as importantes questões pertinentes à vida humana discutidas ao longo deste trabalho, por si só, não seja suficiente para solucionar as questões existentes e as que surgirão, com certeza. Contudo, este parece ser o passo mais urgente e acertado, neste momento, vez que pior do que uma lei que trate de forma incompleta, é a omissão legislativa que hoje se vivencia. Ademais, toda lei que contraria a princípio constitucional é, por si só, letra morta. Certamente, o intérprete continuará a selecionar as regras, sejam elas de que natureza forem, sujeitando-as ao filtro constitucional.

As técnicas de reprodução assistida são importantes na realização do projeto parental, contribuindo, assim, para a afirmação da dignidade humana consoante já se mencionou. Contudo, a validade da biotécnica está sujeita à consideração e atendimento à dignidade humana. É este o fundamento e a pauta de todo e qualquer procedimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. Disponível em www.ibdfam.com.br.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e dano pré-natal. *Revista do Advogado*. – São Paulo, n. 58, p. 63, março de 2000.

BARBOSA, Heloísa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (organizadores). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Bioética x Biodireito: Insuficiência dos conceitos Jurídicos. *Temas de Biodireito e Bioética*. Organizadores: Heloisa Helena Barbosa e Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Trad. Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997.

BÍBLIA. Português. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida, 2003.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. AC. 108.417-9 – 2ª C.Cív. – Ac. 20.110 – Relator Des. ACCÁCIO CAMBI – Un. J. 12.12.2001. Disponível em www.tj.pr.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. Análise Preliminar do Projeto de Lei do Senado 90/99. Disponível em www.dbbm.fiocruz.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº104. Disponível em www.cnj.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº111, Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 106. Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº107, Disponível em www.cjf.gov.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1358/92. Disponível em www.cfm.org.br. Acesso em 28.11.2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 10.11.2006.

BRASIL. Projeto de Lei 1184/2003. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 06.12.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 119.346/GO. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 01 dez de 2006.

BRASIL. Texto do PL 1135/03, artigo 3º,I. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 06.12.2006.

BRASIL. Texto do Projeto de Lei 3638/93. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 27.11.2006.

BRASIL. TJSP. Apelação n. 369958-4/8-00 - Novo Horizonte - 9ª Câmara de Direito Privado - 31/01/06 - Rel. Des. João Carlos Garcia - v.u. - V. 9975. Disponível em www.tj.sp.gov.br. Acesso em 10.12.2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. 2ª ed. São Paulo. Renovar, 2002.

CARLIN, Volvei Ivo. *Ética & bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *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.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, nº 19, ago./set., 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Das relações de parentesco. Direito de Família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 1 ed., 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do Direito Comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Vol 2, n.5, abr/jun, 2000.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em www.ibdfam.com.br.

GOMES, Orlando. *Direito Privado*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

GOMES, Renata Raupp. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Niterói: Impetus, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: Revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4. n. 16, Jan./Fev./Mar/, 2003.

JUNGES, José Roque. *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira. (coordenador) *Grandes Temas da Atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Exame de DNA, ou o limite entre o genitor e o pai. *In: Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995.

LEWICHI, Bruno. O homem construtível: Responsabilidade e Reprodução assistida. *In* Temas de Biodireito e Bioética. Heloisa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barretto (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Filiação e Biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4. n. 13, abr./jun/, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5 n. 19, Ago/Set., 2003.

_____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a.3, n. 33, jul. 1999. Disponível em www.jus.com.br.

_____. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária*. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.5 n. 19, Ago/Set., 2003.

_____. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Carlos Alberto Bittar (org), São Paulo: Saraiva, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 2º V. São Paulo: Saraiva.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura Civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos Jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Disponível em www.jus.com.br.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Disponível em www.jus.com.br.

_____. *O direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Palestra proferida no seminário de Direito Civil promovido pela PUC-MG – Unidade Contagem, em 25/09/01. Disponível em www.ibdfam.com.br

OLIVEIRA, Fátima. *Bioética – uma face da cidadania*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1997.

OLIVEIRA, Fátima. *O que é preciso na experimentação em seres humanos?* Disponível em: www.bioetica@widesoft.com.br.

OLIVEIRA, Raquel Martins de. A consangüinidade e a afetividade na determinação da paternidade. Disponível em www.jus.com.br.

OLIVEIRA, Silvério da Costa. *O psicólogo clínico e o problema da transexualidade*. Disponível em <http://www.sexodrogas.psc.br>.

OLIVEIRA, Simoni Born de. *Da Bioética ao Direito: Manipulação Genética & Dignidade Humana*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: Análise Biojurídica da Identidade Humana. *Temas de Biodireito e Bioética*. Heloisa Helena Barbosa, Vicente de Paulo Barreto (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 4.ed. São Paulo: Loyola, 1997.

PETRACCO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela, ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e Reprodução Assistida* Grandes Temas da Atualidade: Bioética e biodireito/ coordenação Eduarde de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Aspectos Jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Palestra proferida em 01.12.2006, em evento comemorativo ao 18º aniversário da EMERJ – na cidade do Rio de Janeiro-RJ.

SAVIN, Gláucia. *Críticas aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

T

EPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional In *Revista de Direito Civil*, v. 65, p. 24.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil V*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. Filiação biológica e socioafetiva: Igualdade. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n.1, abr./jun., 1999.

XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do Ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)