CAROLINA ELOÁH STUMPF REIS
Advogada especialista em Direito Civil com ênfase em
Direito de Família e Sucessões pelo IDC de Porto Alegre/RS,
mestranda em Direito das Relações Internacionais pela
Universidad de La Empresa de Montevideo, Uruguay

DIREITOS DA PERSONALIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Porto Alegre/RS
2009

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 3

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE 5
1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E IDENTIDADE GENÉTICA 7
1.1.1 Dignidade Humana e o Princípio da Autonomia 12
1.1.2 Reprodução Assistida e o Direito a Vida 15
1.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 17

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA 19
2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA 20
2.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E BIOÉTICA 22
2.2.1 Congelamento Embrionário 24
2.3 A FIGURA DO DOADOR DE SÊMEN 26

CONCLUSÃO 30

REFERÊNCIAS 32

INTRODUÇÃO

A família brasileira tem especial proteção do Estado. O planejamento familiar, segundo nossa atual Carta Constitucional, deve ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. Em função da sua importância para todo ser humano, por ser o primeiro grupo de relacionamento que o indivíduo participa e se desenvolve como pessoa, a família recebeu do texto constitucional um patamar de valor especialmente garantido pelo Estado e pela sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro tutelou a família não somente pela união de laços genéticos e sua descendência, ou seja, relações de sangue entre seus membros, mas também e da mesma forma, assegura a proteção da família formada pelo afeto. As novas formas de reprodução humana, advindas de novas técnicas, como é o caso da reprodução assistida heteróloga, permitem o planejamento da formação de uma entidade familiar, merecendo especial exame de suas particularidades.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho é analisar, sob um prisma constitucional, os direitos da personalidade, que são inerentes a todo ser humano, nas técnicas de reprodução assistida heteróloga, verificando se os frutos destas manipulações que originarem seres humanos conferem a estes os mesmos direitos de personalidade comum a todos os outros seres gerados pelas vias naturais de reprodução humana.

Para tanto, primeiramente se mostrará quais os direitos de personalidade conferidos aos homens em geral e o direito a sua identidade genética. Analisar-se-á a dignidade humana e o princípio da autonomia, bem como o direito a vida frente a

reprodução assistida. Verificar-se-á também a questão da colisão dos princípios constitucionais, analisando formas de composição desses conflitos.

Após, estudar-se-á as principais técnicas de reprodução assistida heteróloga. Analisar-se-á também a questão da reprodução assistida e a sua relação com a bioética, passando pela questão da criopreservação e a posição jurídica do doador de sêmen, examinando-se sempre a dignidade humana e o princípio da autonomia em cada caso.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Personalidade jurídica pode ser entendida como uma aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Está ligada a idéia de pessoa, sendo também uma projeção da personalidade íntima e, atualmente, é reconhecida a todo ser humano e independe da consciência ou vontade do indivíduo[1]. A personalidade jurídica é, portanto, um atributo inseparável da pessoa e não um direito propriamente dito, mas sim um conceito sobre o qual se apóiam os direitos.

Existem direitos que afetam diretamente a personalidade, sendo chamados de direitos personalíssimos. No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal[2] enumera alguns desses direitos fundamentais, podendo ser encontrados em seu artigo 5º, caput, que diz,

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

Entende-se que os direitos fundamentais têm a função de direitos de defesa dos cidadãos e estão presentes em vários ordenamentos jurídicos, tendo como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948[3]. Segundo Venosa[4], os direitos da personalidade geralmente decompõem-se em direito a vida, a própria imagem, ao nome e a privacidade e resguardam a dignidade humana.

---

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
[2] PLANALTO. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 de janeiro de 2010.
[3] PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida Heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética.** Recanto das Letras. São Paulo, 2007. Disponível em: < http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/720659>. Acesso em: 24 de janeiro de 2010.
[4] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Segundo Marcelo Galante[5] a doutrina moderna classifica os direitos fundamentais em quatro gerações de direito. Os direitos de primeira geração são os direitos e garantias individuais propriamente ditos, direitos da pessoa humana contra o Estado, são direitos civis e políticos e se exprimem no direito a vida, a liberdade, a intimidade.

Os direitos de segunda geração, surgidos no século XX, são os direitos sociais, econômicos e culturais, visam a justiça social. Assim, não basta a previsão de defesa do indivíduo contra o Estado, pois este também tem obrigação de exercer sua atividade estatal em busca da dignidade da pessoa humana e do bem comum.

Os direitos de terceira geração são direitos que transcendem a figura do indivíduo, pensando no futuro da sociedade como um todo, são direitos coletivos, como o direito a paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a defesa do consumidor, a qualidade de vida.

Os direitos de quarta geração são os denominados direitos transindividuais ou direitos das minorias, ou seja, que implicam nos interesses de um grupo de pessoas, como são os interesses difusos e coletivos e decorrem da evolução da sociedade e da globalização, são direitos a democracia, a informação e ao pluralismo.

Além da previsão dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, a legislação pátria determinou seu termo *a quo,* no Código Civil de 2002[6],

> Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Biologicamente, o início da vida marca sua individualidade. A biologia destaca o início da vida no momento da formação do zigoto ou célula-ovo. A partir desse momento o concebido adquire carga genética própria e individual, que não se confunde com a de seu pai ou de sua mãe, sendo o corpo da mãe apenas o meio hábil para se desenvolver normalmente até o nascimento.

---

[5] GALANTE, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

[6] PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2010.

O Código Civil de 2002 adotou a Teoria Natalista, pela qual a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida. Seus defensores entendem que o nascituro não tem personalidade jurídica nem capacidade de direito, mas a lei protege seus possíveis direitos se ele vier a nascer com vida[7].

Na medida em que a personalidade é concebida com a vida, se esta se extinguir, aquela também se exaure. Os direitos da personalidade nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, indisponíveis, inseparáveis do titular e por isso chamam-se personalíssimos[8].

1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E IDENTIDADE GENÉTICA

Segundo Saldanha[9], a personalidade confere à pessoa um direito subjetivo de defender àquilo que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física - vida, alimentos, próprio corpo ou partes separadas -, sua integridade intelectual - liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária -, e sua integridade moral - honra, segredo pessoal, profissional, doméstico, imagem, identidade pessoal, social e familiar.

Daniel Sarmento[10] sustenta que a personalidade possui dupla perspectiva: como centro de imputação e pressuposto para a aquisição de direitos e como objeto de direitos de personalidade e como tal merecedora de tutela jurídica, tendo sido concebido como projeções dos direitos humanos na esfera privada. A liberdade foi um dos primeiros diretos reconhecidos ao homem, sendo que um de seus contornos essenciais é a autonomia privada ligada a escolhas existenciais que se fazem ao longo da vida. Essas escolhas refletem no modo de ser da pessoa humana e, portanto, dizem respeito a sua personalidade.

---

[7] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
[8] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.
[9] IDEM, ibidem.
[10] SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

Para Selma Petterle[11], dentre essas escolhas, pode-se decidir por aquelas que irão recair na intimidade genética. Refere que os testes genéticos para análise do DNA constituem a mais importante aplicação prática do conhecimento sobre o genoma humano, que permitem conhecer os detalhes da nossa constituição genética. Após conhecer o genoma humano por meio dos testes genéticos, há agora a necessidade da construção de uma proteção jurídico-constitucional do genoma humano individual como um direito a identidade genética da pessoa humana.

A autora entende que tal problemática, advinda dessas novas técnicas de conhecimento e suas conseqüências sobre o individuo tem dividido a sociedade e a comunidade científica. A comunidade internacional, compartilhando as preocupações com os avanços decorrentes da genética, busca definir regras para proteção jurídica do genoma humano[12].

Em que pese o direito fundamental a identidade genética não estar expressamente consagrado na CF/88 brasileira, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos do sistema constitucional. A ordem constitucional brasileira a partir do §2º, artigo 5º[13], inseriu uma autêntica norma geral inclusiva de direitos fundamentais. Com amparo na doutrina, é possível afirmar que para além dos já reconhecidos direitos fundamentais, há outros que, em virtude de seu conteúdo material significativo, são também merecedores de proteção constitucional[14].

É preciso identificar desde logo qual o elo existente entre, de um lado, a dignidade humana e o direito a vida, e de outro lado, o direito que se supõe, seja fundamental. Não há como negar que as possibilidades disponíveis hoje em matéria de manipulação genética podem configurar violação dos direitos fundamentais. Os problemas que daí se originam necessitam urgentemente de uma regulamentação

---

[11] PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

[12] Como referências internacionais pode-se citar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano (UNESCO/97), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO/2003), a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos (UNESCO/2005) a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (1997), a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2000).

[13] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2010.

[14] PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

que trace os contornos destas novas descobertas, sendo a identidade genética da pessoa humana, uma delas[15].

Ocorre que os notáveis avanços da medicina e as novas técnicas de reprodução assistida que viabilizam o desejo de casais que não poderiam, por outro meio, realizar seu desejo de se tornarem pais, trouxeram consigo uma série de conseqüências fático-jurídicas. Observa-se que essas questões não podem deixar de ser reguladas pelo Direito, principalmente pelo fato de atingirem uma série de direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional. Questiona-se, por exemplo, se os filhos nascidos da fertilização *in vitro* têm direito a sua identidade genética como qualquer outro ser humano ou se a eles devem ser restringido esse direito. Outra questão que não tem resposta fácil diz respeito ao direito a privacidade do doador, caso fosse confrontado com o direito a identidade genética do seu sucessor, se deveria prevalecer o direito a identidade genética do seu sucessor ou o direito a privacidade de seu ascendente[16].

Neste ponto reside a grande controvérsia, focada no Direito de Família, a colisão entre princípios constitucionais. De um lado o direito a intimidade, onde figura a pessoa do doador de material genético, do outro lado o direito ao conhecimento da ascendência genética, direito a identidade, onde figura a pessoa concebida pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga.

O direito ao conhecimento de ascendência genética e o direito a intimidade são em primeiro lugar direitos humanos, são direitos fundamentais da personalidade, garantidos em nosso ordenamento jurídico. Na proteção do doador de material genético na reprodução assistida heteróloga atua o direito a intimidade, determinado no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal[17]:

> Artigo 5º - [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

---

[15] PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

[16] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

[17] PLANALTO. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2010.

Reside o direito a intimidade na subtração do conhecimento alheio e visa impedir qualquer forma de divulgação dos dados de nossa existência sem a devida autorização da pessoa, todos têm o direito a reserva sobre o conhecimento sua vida íntima. Dessa forma, na reprodução assistida heteróloga o doador tem o direito de manter em segredo a sua identidade, de forma a não tornar público o seu ato.

Por outro lado, também se encontra garantido no nosso ordenamento jurídico o direito da pessoa concebida, em reprodução assistida heteróloga, ao conhecimento de sua ascendência genética. Há entendimento doutrinário[18] de que esse direito é decorrente na disposição do artigo 227, §6º da Carta Magna[19]:

> Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, 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-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Deve-se levar em consideração a necessidade da pessoa concebida precisar de alguma informação genética relativa ao seu ancestral biológico, que seja indispensável a preservação de sua saúde. Assim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama[20] entende que

> [...] o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

---

[18] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

[19] PLANALTO. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2010.

[20] 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.

Outro ponto a ser analisado é caso a pessoa concebida pela técnica de reprodução assistida heteróloga tenha apenas o desejo de conhecer a sua identidade genética pela falta de um genitor juridicamente reconhecido, nesse caso, o interesse da pessoa concebida conhecer sua identidade genética, somente deve ter prevalência quando comprovadamente se tenha a necessidade de caráter psicológico. Nesse raciocínio entende José Roberto Moreira Filho[21] que:

> [...] ao legar ao filho o seu direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social.

Num terceiro ponto tem-se a questão de que o conhecimento da origem genética como fator preponderante para que seja evitada a formação de vínculos parentais em desacordo com a normativa do Código Civil. Nesse caso, o conhecimento da identidade genética do doador impediria que irmãos, nascidos do mesmo doador, ou o próprio doador e um filho ou filha, viessem a contrair casamento por desconhecimento das suas origens genéticas. Desse modo, preponderaria o direito fundamental ao conhecimento da identidade genética, em detrimento do direito à intimidade do doador, sendo a dignidade da pessoa humana garantida e se atendendo a normativa do Código Civil em relação aos impedimentos matrimoniais.

Ainda se pode cogitar que o desejo de conhecimento da identidade genética seja para constituir vínculo parental estabelecido por motivos meramente financeiros ou por descontentamento com a instituição familiar. A doutrina nesses aspectos é unânime na manutenção do anonimato do doador, vez que nesses casos o conhecimento não defenderia a dignidade da pessoa humana, mas interesses meramente financeiros da pessoa concebida e por outro lado ferindo a dignidade dos pais estabelecidos, que após anos de dedicação em prol do filho, teriam deste apenas um ato de ingratidão. Nesse sentido apregoa Moreira Filho[22]

---

[21] MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética.** Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em 02 de fevereiro de 2010.
[22] IDEM, ibidem.

> [...] o direito ao reconhecimento da origem genética não importa, igualmente, em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva e apenas assegura a certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca e não poderá nunca ser renunciada por quem não seja o seu titular.

Não se tem dúvida no entendimento de que o direito ao conhecimento de ascendência genética e o direito a intimidade encontram amparo na Constituição Federal, assim, ocorre o que a doutrina e jurisprudência convencionaram chamar de colisão de direitos fundamentais[23], tema que será tratado mais detalhadamente adiante.

1.1.1 Dignidade Humana e o Princípio da Autonomia

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se em nosso ordenamento jurídico no artigo 1º da Carta Constitucional[24], que diz

> Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana;

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana se impõe como o núcleo básico e informador no sistema jurídico do país, sendo um critério e um parâmetro de valoração que visa orientar a interpretação e compreensão do sistema normativo. O professor Ingo Sarlet[25] entende que a dignidade da pessoa humana não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida em que este a reconhece, já constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa.

---

[23] PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

[24] PLANALTO. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2010.

[25] SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

Conforme preceitua Guilherme Calmon Nogueira da Gama[26], *"A dignidade é, portanto, valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral".* Aduz ainda que

> A evolução histórica do pensamento filosófico permitiu a construção de uma consciência moral da sociedade no sentido da tutela dos valores considerados essenciais para a pessoa humana, e entre eles encontra-se a dignidade como basilar, recusando a consideração do corpo humano como objeto de comercialização.

Assim, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito a integridade física e psíquica e o respeito pelas condições de liberdade e igualdade entre as pessoas. Torna-se desumano, então, toda conduta que possa reduzir a pessoa à condição de objeto[27].

Na esfera civil, a integridade psicofísica serve para garantir os numerosos direitos da personalidade como a vida, o nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade genética dentre outros, que se poderia denominar direito à saúde, compreendida esta, como completo bem-estar psicofísico e social. No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito à existência digna. Atualmente, as maiores dificuldades dizem respeito ao desenvolvimento da biotecnologia e suas conseqüências sobre a esfera psicofísica do indivíduo[28].

O princípio da autonomia, por sua vez, *se insere no valor da dignidade da pessoa humana, constituindo a afirmação e convicção moral de que a liberdade de cada um é merecedora de tutela e promoção*[29]. Assim, a dignidade tem dupla dimensão, uma que se manifesta enquanto expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada a ideia de autodeterminação no que diz respeito as decisões essenciais da própria existência e outra que se revela como a necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado. Gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e mesmo onde esta

---

[26] 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. 131.

[27] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

[28] IDEM, ibidem.

[29] 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. 64.

autonomia lhe faltar, ainda assim será considerado e respeitado pela sua condição humana.

Pela autonomia privada o homem determina os rumos de sua vida de acordo com suas preferências subjetivas desde que respeite o direito de seus pares. Os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida que deriva do reconhecimento de sua dignidade[30].

Afirma a doutrina[31] que a autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Assim, a autonomia privada encontra seus limites no direito das outras pessoas.

É inevitável que o Estado intervenha em certos casos restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, seja para favorecer o bem comum. Mesmo as liberdades fundamentais não são absolutas. No caso concreto a liberdade de um poderá causar lesão a outro direito fundamental ou princípio constitucional igualmente relevante. Nesta hipótese, poderá ser necessário, diante dos contornos do caso restringir a liberdade em questão visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses.

Dessa forma, pode-se aduzir ainda que, numa concepção jurídica e política do liberalismo, o indivíduo, sendo sujeito de direitos, os quais garantem sua liberdade e autonomia, levou-se esse conceito para a ética médica, desse modo, numa visão do relacionamento médico, tais fatores também são considerados na condição do paciente. O desenvolvimento do princípio bioético da autonomia foi tanto que, na linha liberal do pensamento contemporâneo da bioética, ele ganhou supremacia frente ao princípio da beneficência, destacando as questões morais que envolvem o conflito entre respeitar a liberdade e assegurar os melhores interesses do paciente[32].

---

[30] SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
[31] IDEM, ibidem.
[32] 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. 64.

1.1.2 Reprodução Assistida e o Direito a Vida

O direito a vida é uma garantia constitucional que se estende a todos os cidadãos e, nas palavras de Alexandre de Moraes[33], *"[...] é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos"*. Afirma também que cabe ao Estado garantir o direito a vida, tanto no que tange ao direito de continuar vivo, quanto a ter uma vida digna em sua subsistência.

Do ponto de vista biológico, o início da vida se dá com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando em um ovo ou zigoto. Assim, a vida viável começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Destaca-se que a Constituição Federal protege a vida de modo geral, inclusive a uterina[34].

Os avanços da tecnologia têm propiciado o desenvolvimento de equipamentos que tem trazido, na sua maioria, inequívocos benefícios para os pacientes. Por outro lado, freqüentemente o avanço tecnológico traz consigo problemas éticos. Isto é facilmente detectado em vários campos da medicina, como nas técnicas de reprodução assistida e na manipulação genética.

Em relação às técnicas de reprodução assistida, em especial na fertilização *in vitro,* o problema maior está na produção de embriões supranumerários, que não são implantados na mãe, sendo congelados por tempo indeterminados ou descartados. No que tange a possibilidade da clonagem humana, há controvérsia sobre o descarte de muitos pré-embriões na tentativa de se obter um único ser humano clonado viável, além do grande número de aberrações genéticas necessários para o resultado pretendido. Também tem a clonagem terapêutica, que utiliza células-tronco para substituir um tecido ou órgão defeituoso e, apesar de existir tais células embrionárias em indivíduos adultos, mesmo que em pequena quantidade, a possibilidade de diferenciação celular seria melhor no caso de células originárias do embrião em seus primeiros dias de vida. Por isso passou-se a cogitar sobre a possibilidade de produzir órgãos e tecidos para transplante ou para reposição, mas implicaria, entretanto, na morte dos embriões dos quais se tirou as células. Contudo, tem sido aceita a utilização apenas em embriões que sobram nas

---

[33] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 30.
[34] IDEM, ibidem.

clínicas de reprodução assistida, que ficam congelados, abandonados ou doados por casais, já que a criação de embriões para fins específicos de pesquisa não foi autorizado por nenhum país[35].

Especificamente no Brasil, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução CFM 1358/92, instituiu Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, em 1992, a qual leva em consideração a gravidade da infertilidade humana como problema de saúde, com todas as suas implicações médicas, sociais e psicológicas, e a legitimidade de superá-la; o avanço do conhecimento científico e das técnicas mais atuais que já permitem a solução do problema; a possibilidade real de êxito efetivo quando pelos métodos tradicionais era impossível; e a necessidade de contemplar o uso das técnicas de Reprodução Assistida com os princípios adotados pela ética médica[36].

A nova lei de biossegurança brasileira, Lei 11105/05[37] aduz que

> Artigo 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

No que tange as proibições e restrições relativas aos procedimentos médicos, afirma que

> Art. 6º Fica proibido:
> II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;
> III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;
> IV – clonagem humana;

---

[35] RESENDE, Janete Coelho. **Direitos da Personalidade – Direito à Vida e Proteção ao Embrião.** Disponível em: < http://www.iptan.edu.br/revista/artigos/aluno01_02.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2010.

[36] GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>. Acesso em 24 de janeiro de 2010.

[37] PLANALTO. **Lei 11105/2005**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 2 de fevereiro de 2010.

Desse modo, percebe-se que a nova Lei de Biossegurança, embora em seu conteúdo receba diversas críticas da doutrina por ser muito ampla e misturar diversos conteúdos que mereceriam análise em separado, restringiu as hipóteses de utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa, também como forma de proteger a vida desses embriões.

1.2 COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico pátrio encontra alicerce nas normas jurídicas, como os princípios e as regras, destacando-se que a norma é o gênero, enquanto as regras e os princípios são espécies. Os princípios possuem um grau de abstração maior do que as regras, sendo de suma importância na resolução de conflitos.

A solução da antinomia entre princípios constitucionais reside na ponderação e na harmonização, pois que são pautas de valores que direcionam e concretizam a aplicação das normas jurídicas e não se excluem de forma permanente, senão é afastada a aplicação de um deles, a depender da melhor solução a ser conferida ao caso concreto. As regras, por sua vez, contêm fixações normativas definitivas, sendo, portanto, inviável a sustentação da validade de regras antagônicas[38].

Havendo a colisão de direitos fundamentais, conforme sustenta Carlos Alberto Ferreira Filho[39], devem ser aplicados três princípios, que poderão ser utilizados como parâmetros para que se estabeleça prevalência de um ou de outro: o princípio da unicidade da constituição, o princípio da proporcionalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No princípio da unicidade ocorre um juízo de ponderação que tem por escopo preservar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos. O princípio da proporcionalidade será aplicado definindo o princípio que deve ser utilizado de acordo com os fins pretendidos, então, afastar-se-á um direito já que outro protege um bem superior e mais adequado ao caso concreto. Por fim, se não

---

[38] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

[39] PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida Heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética.** Recanto das Letras. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/720659>. Acesso em: 24 de janeiro de 2010.

for possível se chegar à solução desejada com a aplicação dos dois princípios anteriores, deve-se recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a totalidade dos direitos fundamentais tem por objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana, prevalecendo aquele que em maior grau a defenda.

Alexandre de Moraes[40] sustenta que

> [...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Desse modo, quando não for possível compatibilizar interesses conflitantes, deve-se contemplar qual deve ceder lugar, no caso concreto, a fim de que o dilema tenha uma solução adequada. No processo de ponderação não se atribui preferência a um ou outro princípio ou direito, devendo o julgador assegurar a aplicação das normas conflitantes, *in casu*, de forma que uma delas seja mais valorada, enquanto a outra sofre atenuação. O princípio da proporcionalidade, assim, busca solucionar o conflito, sem que haja desrespeito a nenhuma das normas, mas que uma seja mais valorada do que a outra em determinado caso concreto, procurando da melhor forma, preservar os princípios em questão.

Por fim, a complexidade e a relevância do processo de ponderação de normas deve levar em consideração todas as circunstâncias do caso sob exame, pois cada caso tem suas peculiaridades, que merecem ser analisadas, principalmente quando estão em jogo direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade, o conhecimento da ascendência genética, etc.

---

[40] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Segundo Luciano Dalvi[41], a reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. A reprodução assistida homóloga é a mais comum e ocorre com a utilização de gametas do próprio casal. A reprodução assistida heteróloga, por sua vez, é aquela que utiliza gametas obtidos de terceiros, podendo ser parcial, quando um dos gametas é doado por terceiro e o outro por um dos cônjuges, ou total, quando os dois gametas são obtidos de doação de terceiros.

Em sua doutrina, Guilherme Calmon Nogueira da Gama[42] afirma que nas técnicas de reprodução assistida heteróloga,

> [...] os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e à maternidade-filiação serão diferentes, levando em conta os casos em que um dos cônjuges ou companheiros contribui com seu material fecundante e o outro não, por força de esterilidade.

Assim, a reprodução assistida heteróloga é a que concentra a maior parte das polêmicas geradas na área jurídica e social. O filho gerado carregará o material genético e a aparência física de seu pai biológico, mas será criado por seu pai afetivo. A partir desta ótica, pode-se questionar quem será o pai efetivo dessa criança, de qual deles terá direitos sucessórios. Se o doador de sêmen deve assistir financeiramente essa criança ou não. Essa e outras questões ainda não têm

---

[41] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 190-8.

[42] 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.

resposta pronta, cabendo ao julgador, no caso concreto, encontrar a melhor solução para o conflito[43].

2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Reprodução Assistida é o termo utilizado para o conjunto de técnicas para tratamento da infertilidade conjugal que envolva a manipulação de pelo menos um dos gametas - espermatozóides ou óvulos -, em laboratório. As técnicas amplamente utilizadas são a inseminação intra-uterina (IIU), a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI), as quais serão aqui analisadas. Estes procedimentos podem ser realizados com os gametas do casal ou, em casos de esterilidade ou de transmissão de doenças dominantes, podem-se utilizar espermatozóides de banco de sêmen ou óvulos doados.

2.1.1 Inseminação artificial - IIU

A inseminação artificial ou inseminação intra-uterina é a técnica mais simples de reprodução assistida, sendo considerada de baixa complexidade. Nela se manipulam em laboratório apenas os espermatozóides e é utilizada em casos em que os espermatozóides não conseguem atingir as trompas. Consiste em transferir, para a cavidade uterina, os espermatozóides previamente recolhidos e processados com a selecção dos espermatozóides morfologicamente mais normais e móveis[44].

Consiste, assim, na colocação dos espermatozóides preparados dentro do útero, sendo que a fertilização (penetração do espermatozóide no óvulo) ocorre no ambiente natural – a trompa. Neste procedimento deve-se ter certeza de que as trompas estão normais, pois elas deverão captar o óvulo, fornecer condições para que ocorra a fertilização e transportar o embrião até o útero, propiciando a gravidez.

---

[43] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

[44] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

2.1.2 Fertilização *in vitro* - FIV

A fertilização *in vitro*, comumente denominada “bebê de proveta”, deve-se ao fato da fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorrer fora do corpo, em laboratório. Utiliza-se a técnica em que o espermatozóide entra “por suas próprias forças” para dentro do óvulo, uma vez que a fecundação ocorre *in vitro* e o melhor espermatozóide penetra o óvulo, sem auxílio.

Segundo Luciano Dalvi[45] este tipo de reprodução humana procura obter embriões de qualidade, os quais serão transferidos posteriormente para a cavidade uterina. A técnica consiste, assim, numa inseminação artificial pela manipulação do óvulo da mulher com o esperma do homem em um tubo de ensaio a fim de dar início à fecundação do óvulo com a formação do embrião.

Na fertilização *in vitro* ocorrerá uma acepção genética. Esta técnica produz um grande número de embriões, mas somente uma parte deles será implantado no útero materno, os demais serão congelados para serem utilizados posteriormente ou não.

2.1.3 Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides - ICSI

O método de injeção intracitoplasmática de espermatozóide ou micro-manipulação do óvulo utiliza um microscópio potente e micromanipuladores capazes de segurar um único óvulo na extremidade de uma delicada pipeta de sucção e através de outra pipeta promove-se a penetração do espermatozóide selecionado para dentro do óvulo. Assim, é um processo que consiste na aplicação de um espermatozóide no óvulo por uma agulha, que perfura o óvulo e injeta o espermatozóide[46].

A ICSI também ocorre *in vitro*, entretanto, não ocorre espontaneamente, ou seja, os espermatozóides são colocados dentro do óvulo para que ocorra a

---

[45] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
[46] PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida Heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética.** Recanto das Letras. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/720659>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2010.

fertilização. Pela sua característica, oferece um tratamento viável mesmo para os mais difíceis casos de infertilidade masculina.

2.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E BIOÉTICA

A doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da Gama[47] aponta que, atualmente, os valores "pessoa" e "conhecimento" são muito prezados pelas sociedades atuais, devendo ser demonstrada a possibilidade do convívio de ambos os valores, sem que um exclua o outro. Aduz ainda que

> [...] permitindo que a pessoa humana continue sendo tutelada especialmente na sua dignidade, simultaneamente com o avanço científico e tecnológico que melhore e desenvolva a condição da pessoa humana no globo terrestre.[48]

Continua o autor afirmando que os valores morais e culturais são dotados de dinamismo, sendo mutáveis, e que a própria evolução humana possibilitou que determinados temas referentes a pessoa humana resultassem em convicções de moralidade universal.

No que tange mais especificamente a reprodução assistida, aponta José Roberto Goldim[49],

> Os aspectos éticos mais importantes que envolvem questões de reprodução humana são os relativos à utilização do consentimento informado; a seleção de sexo; a doação de espermatozóides, óvulos, pré-embriões e embriões; a seleção de embriões com base na evidência de doenças ou problemas associados; a maternidade substitutiva; a redução embrionária; a clonagem; pesquisa e criopreservação (congelamento) de embriões.

O status moral do embrião, que está intimamente ligado com as questões de quando começa a vida humana e com a definição de pessoa, é um ponto-chave no

---

[47] 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.
[48] IDEM, ibidem, p. 116.
[49] GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>. Acesso em 23 de fevereiro de 2010.

debate ético. É controverso se o embrião é um ser humano desde o momento da fertilização. Para os que pensam que a vida humana começa no momento da fertilização, o embrião tem os mesmos direitos que uma pessoa, sendo merecedor de todo respeito e deve ser protegido como tal. Dois argumentos sustentam este raciocínio: o primeiro é que o embrião tem o potencial de tornar-se uma pessoa, e o segundo é que o mesmo está vivo e tem direito a vida. Os que consideram o embrião apenas como um conjunto de células, julgam que ele não merece nenhuma diferença de tratamento que qualquer outro grupo celular. Há ainda quem se posicione de forma intermediária, defendendo que o embrião tem *status* especial, mas que não se justifica protegê-lo como a uma pessoa[50].

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução CFM 1358/92[51], instituiu as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, em 1992, respaldando a reprodução assistida na resolução da infertilidade e proibindo a fecundação de oócitos humanos com outra finalidade que não seja a procriação humana[52].

Outro importante questionamento que tem sido amplamente discutido é o da utilização das técnicas de reprodução assistida em casais sem problemas de infertilidade. Um caso em que se entende legítima essa hipótese é na utilização para fins de proteção do parceiro de uma mulher portadora do vírus HIV, objetivando tanto a proteção do parceiro, quanto a possibilidade de o casal ter filhos. Esta situação no passado, quando não existiam medidas terapêuticas adequadas nem profiláticas para o bebê, era formalmente contra-indicada, pois seria expor um terceiro a um grande risco então existente. Com o desenvolvimento atual do tratamento, o risco de transmissão vertical foi muito reduzido, permitindo uma rediscussão deste tema por parte dos profissionais, portadores, parceiros e Comitês de Bioética[53].

---

[50] BADALOTTI, Mariangela. **Biética e Reprodução Assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

[51] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1358/92**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2010.

[52] BADALOTTI, Mariangela. **Biética e Reprodução Assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

[53] GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

Na prática, cada caso pode ter um entendimento diferente, dependendo de como for direcionado e, como bem lembra Gama[54], *"impondo a adoção de posturas éticas que somente poderão ser conseguidas mediante o debate, o diálogo, as discussões e conclusões efetivas"*. Assim,

> [...] faz-se necessário criar um sistema de regras e culturas que se baseie na tutela e na promoção da integridade físico-psíquica, que concilie o conhecimento e a valorização da pessoa humana, sendo para tanto o debate bioético fundamental.

2.2.1 Congelamento Embrionário

Conforme preceitua Badalotti[55], no início de um tratamento de fertilização *in vitro*, principalmente, uma questão bastante importante para ser discutida com os casais diz respeito ao número de óvulos que, potencialmente, serão produzidos durante o ciclo. Este número está diretamente relacionado ao número de embriões que serão obtidos. Um número maior de embriões produzidos permite a escolha daqueles que podem vir a ter melhores condições para implantação, aumentando as chances de sucesso. Entretanto, freqüentemente, sobram embriões de boa qualidade, que podem ser congelados e transferidos em outro ciclo.

O congelamento de embriões nada mais é do que a tentativa de aumentar as chances de gestação de um único ciclo de estimulação ovariana. Existem duas etapas durante o processo de criopreservação de suma importância para obtenção de bons resultados: o congelamento em si, e o descongelamento, no qual o processo de reidratação celular deve ocorrer gradativa e lentamente, para obtenção da sobrevida celular.

Assim, o objetivo do procedimento de congelamento embrionário é possibilitar a transferência destes embriões posteriormente, caso não ocorra gravidez ou quando houver desejo de outra, sem submeter a mulher a novo ciclo de

---

[54] 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. 117.

[55] BADALOTTI, Mariangela. **Biética e Reprodução Assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

indução da ovulação. O congelamento é extremamente discutível sob a ótica da ética, pois fere a dignidade do embrião. Muitos embriões não sobrevivem ao processo de congelamento e descongelamento. Outros problemas seriam o tempo de armazenamento e o abandono dos embriões[56].

Antes da criopreservação de embriões, a mulher que produzia muitos óvulos tinha apenas alguns óvulos fertilizados ou corria o risco de ter vários embriões descartados (não transferidos), porque, no máximo, 3 ou 4 embriões podiam ser transferidos para o útero com segurança. Atualmente, existem protocolos de congelamento de embriões com chance real de gestação após descongelamento. Provavelmente, em breve se possam obter com embriões congelados taxas de gestação similares aquelas de embriões frescos[57].

Segundo o Conselho Federal de Medicina[58], atualmente os embriões excedentes aos ciclos de fertilização *in vitro* podem ter três destinos: congelamento, doação a outro casal ou doação para pesquisa com células-tronco, não podendo ser descartados ou destruídos, e que no momento da criopreservação os cônjuges devem expressar por escrito sua vontade quanto ao destino dos embriões em caso de divórcio, doença grave ou falecimento de um ou ambos, e quando desejam doá-los. A maioria dos casais opta pelo congelamento, contudo, em relação ao tempo que os embriões podem ficar congelados é muito discutido. Já existem relatos de gestações com nascimento de bebês saudáveis com mais de 10 anos de congelamento[59].

Há entendimento de que a criopreservação torna-se eticamente aceitável quando esses embriões possam chegar a vida, ou seja, serem utilizados no futuro. Contudo, há que se considerar que esses embriões, sejam ou não pessoas humanas, atuais ou potenciais, vivem somente graças a ciência e a técnica, pois que, sozinhos, não tem capacidade de sobrevivência. Contudo, a intenção é que vivam, ainda que se saiba que suas possibilidades são limitadas[60].

---

[56] BADALOTTI, Mariangela. **Biética e Reprodução Assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.
[57] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
[58] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1358/92**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2010.
[59] BADALOTTI, Mariangela. **Biética e Reprodução Assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.
[60] 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. 117.

2.3 A FIGURA DO DOADOR DE SÊMEN

Quando existe alguma falha relacionada com a infertilidade masculina, geralmente os médicos aconselham a utilização do sêmen de terceiros para que seja resolvido o problema[61]. Segundo a Resolução 1358/92[62] do Conselho Federal de Medicina, as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, em relação aos doadores de sêmen, baseiam-se nos seguintes princípios:

> 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
> 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
> 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
> 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
> 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2(duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
> 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
> 7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

Luciano Dalvi[63] entende que a paternidade biológica é a relação paterno-filial derivada de um vínculo genético que insere as características do pai no respectivo filho. A paternidade afetiva pode ocorrer em face de adoção e dos processos de fertilização *in vitro* que descaracterizam a filiação originária. Este último tipo de paternidade pode levar a casos de mais de uma paternidade.

---

[61] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

[62] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1358/92**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2010.

[63] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

Na hipótese de adoção, a paternidade fica bem delineada no artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente[64], o qual estabelece que

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

Nestes casos, houve uma manifestação de vontade dos pais biológicos e afetivos, dos primeiros em transferir a filiação a outrem, e dos segundos em adotar o filho dos primeiros. Será dispensado o consentimento dos pais biológicos quando estes sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Entretanto, este claramente não é o caso de uma reprodução assistida, na qual há a possibilidade de identificação da figura biológica por meio de registros de dados dos doadores de sêmen e a prioridade da criança na efetivação de seus direitos essenciais. Destaca-se ainda que a legislação brasileira não reconhece mais a distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos[65].

Nesse sentido, o ECA[66] dispõe em seu artigo 4º

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

Como o legislador conferiu este dever não só a família, mas a toda sociedade, tem-se um caso de interesse coletivo de proteção a criança e ao adolescente. Desse modo, pode-se questionar se deve se manter a prioridade a intimidade genética do doador de sêmen (interesse individual) em detrimento da vida e do desenvolvimento da criança ou do adolescente nos casos de necessidade para salvar-lhe a vida.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama[67] aduz que

---

[64] PLANALTO. **Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

[65] SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

[66] PLANALTO. **Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

> No campo da reprodução assistida heteróloga tal segredo toma maiores proporções justamente em virtude dos reflexos que a intervenção médica exitosa pode acarretar na vida das pessoas integrantes da família que recorreu a técnica, e da futura criança, [...].

Relata o autor ainda que o ECA optou por resguardar a pessoa da criança e do adolescente como forma de evitar qualquer tipo de discriminação em razão de sua condição de parente não-consangüíneo. Nesse sentido, argumenta que o segredo da origem da filiação, seja em decorrência da adoção ou de procedimento médico, foi estabelecido em benefício do filho e é a partir dessa premissa que se deve analisar o anonimato da pessoa do doador e o próprio anonimato do casal e da futura criança.

Em contraposição, segundo a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos[68], em seu artigo 9º

> Visando a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação, por razões consideradas imperativas no âmbito do direito internacional público e da legislação internacional sobre direitos humanos.

Percebe-se que há claramente um conflito de interesses, no qual há entendimento tanto de que se devem manter prioritariamente os interesses da criança e do adolescente frente aos interesses do doador de sêmen. Por outro lado, há o argumento de que se a providência da proibição do anonimato for tomada, significará o fim da possibilidade de reprodução, uma vez que ninguém se arriscaria em ser doador, sob o risco de vir a ter de arcar, no futuro, com uma paternidade não desejada.

Contudo, muito embora seja fundamental resguardar os princípios relativos ao sigilo do procedimento de reprodução assistida heteróloga e o anonimato das

---

[67] 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. 801.

[68] DOMÍNIO PÚBLICO. **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000055.pdf>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

pessoas envolvidas, esses devem ceder relativamente a pessoa que resultou de técnica concepcionista heteróloga[69],

> [...] diante do reconhecimento, no Direito brasileiro, dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda 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.

Assim, no que tange ao anonimato do doador de sêmen, há diversos interesses que devem ser sopesados e resguardados, sendo que as responsabilidades advindas pela inseminação artificial não devem ser ignoradas pelos juristas, pois é no caso concreto que as diretrizes a serem seguidas no futuro serão decididas.

---

[69] 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.

CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade balizam o ordenamento jurídico brasileiro, pois afetam diretamente os cidadãos em seu íntimo e protegem seus interesses individuais frente a terceiros e ao próprio Estado. A Constituição Federal de 1988 enumera alguns desses direitos personalíssimos, apontando diretrizes e valores a serem considerados e sopesados em caso de conflito de princípios fundamentais.

A reprodução assistida heteróloga na sociedade atual é de extrema importância, visto que é hábil a solucionar casos severos de infertilidade, possibilitando a muitos casais serem pais quando, de outro modo, não seria possível. Entretanto, a técnica deve ser executada sempre pautada pelos princípios da bioética, sob o risco de infringir deliberadamente os direitos fundamentais dos envolvidos em nome da ciência pura e de suas possibilidades irrestritas.

Nesse contexto, a questão da reprodução assistida heteróloga requer uma análise constitucional, pois que desperta muitas dúvidas a respeito tanto de seu procedimento, quanto dos direitos fundamentais dos envolvidos no processo do tratamento para fertilidade. Desse modo, diante do exposto ao longo do presente trabalho, percebe-se que não há uma resposta pronta que sirva para todas as questões que envolvem o tratamento de reprodução assistida. Contudo, pode-se dizer que o princípio da dignidade humana permeia todas as hipóteses, ora pendendo para o lado do embrião originado pelo procedimento, ora pendendo para o lado do doador.

Assim, o direito a identidade genética e o direito a intimidade podem ser relativizados, dependendo da análise do caso concreto. O direito a vida, entretanto, parece ser absoluto, mas em relação ao embrião criado *in vitro*, não existe um consenso na doutrina, posto que muitos autores entendem que esse não deva ser

considerado ser humano, assim, não sendo passível de proteção irrestrita. Outra posição entende que sim, o embrião deve ser considerado ser humano, posto que tem potencial para chegar a tanto, merecendo proteção especial do Estado. Particularmente, opta-se por uma posição intermediária, entendendo que o embrião, quando criado *in vitro* e não implantado no corpo humano, não é ser humano, visto que, sozinho, não tem condição de vida, entretanto, acha-se que esse mereça uma proteção especial do Estado, pois poderá um dia vir a ser um ser humano. Assim, o embrião, por si só, não teria direitos, mas deveria ter seus direitos resguardados, tal como ocorre atualmente no caso do nascituro.

O trabalho se propôs, dessa forma, através do estudo dos direitos da personalidade na reprodução assistida heteróloga, tratar dessa nova problemática que tanto representa para as relações sociais e para o Direito. Trazendo para o espaço acadêmico essa questão, objetivou-se uma análise de uma das novas possibilidades no campo do Direito de Família, com suas mais diversas implicações práticas, mas sempre buscando por fim a efetivação da dignidade humana proclamada pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BADALOTTI, Mariangela. **Biética e Reprodução Assistida**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1358/92**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2010.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DOMÍNIO PÚBLICO. **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000055.pdf>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

GALANTE, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

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.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Direitos Fundamentais e Biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida Heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética.** Disponível em: < http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/720659>. Acesso em: 24 de janeiro de 2010.

PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2010.

PLANALTO. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 de janeiro de 2010.

PLANALTO. **Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

PLANALTO. **Lei 11105/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 2 de fevereiro de 2010.

RESENDE, Janete Coelho. **Direitos da Personalidade – Direito à Vida e Proteção ao Embrião.** Disponível em: < http://www.iptan.edu.br/revista/artigos/aluno01_02.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2010.

SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos da Reprodução Assistida nos Direitos da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 301 STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=121>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral. 4 ed.** São Paulo: Atlas, 2004.

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