

Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito

Lucas Couceiro Ferreira de Camargo

**Responsabilidade Civil do Doador de Material Genético
na Inseminação Artificial Heteróloga**

Piracicaba
2008

Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito

Lucas Couceiro Ferreira de Camargo

**Responsabilidade Civil do Doador de Material Genético
na Inseminação Artificial Heteróloga**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito** à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

Piracicaba
2008

Responsabilidade Civil do Doador de Material Genético na Inseminação Artificial Heteróloga

Lucas Couceiro Ferreira de Camargo

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Orientador

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

Prof. Dr. Paulo César Souza Manduca

*Para mamãe, mulher que faz do espinho
Uma florida e singular coroa
E, enquanto segue
Ao mesmo tempo entoa
Uma canção de paz?
Quem é essa mulher
Que tudo faz
Pra alimentar a chama do sorriso
E, rindo,
Vai fazendo o que é preciso
Nem que seja ... chorar?
Essa mulher tem fé – tenho certeza –
E seu nome*
É Teresa!*

Para meus irmãos que muito mais do que
irmãos, são amigos de todas as horas.
Para Farfa, companheira alegre sempre.
Capaz de contornar todas as dificuldades
com a sabedoria de um simples e
maravilhoso sorriso.

* Rosemary Moraes Garcia Cuesta

Agradecimentos

À minha família, que sempre me acompanhou e me deu força para seguir em frente; servindo, cada um, como exemplo para a superação dos obstáculos encontrados no caminho.

Aos amigos Pe. Wilson, Prof^a Angela, Pe. David e Dra. Angélica, que tanto me ajudaram e incentivaram para a realização de mais esse sonho.

Aos Professores: Dr. José Luiz, orientador cauteloso; Dr. Jorge, símbolo de experiência e dinamismo e; Dr. Manduca, que gentilmente aceitou fazer parte da banca de avaliação desse trabalho.

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES Brasil

RESUMO

O Direito Civil sofre um grande processo de transformação. A entrada em vigor do Código Civil de 2002 acentuou essas mudanças, principalmente no que diz respeito ao Direito de Família. Além de outros fatores, a modernização da sociedade, a velocidade das informações bem como as novas descobertas científicas influenciam diretamente as relações sociais e, conseqüentemente, o Direito Civil. A proposta do presente estudo é abordar algumas questões que surgem com as inovações trazidas no bojo do artigo 1.597 do Novo Código Civil, dando uma atenção especial às relações oriundas da previsão existente no inciso V. Tendo como objetivo maior a análise da responsabilidade civil, decorrente da doação de material genético nos casos de inseminação artificial heteróloga, este estudo aborda ainda as possíveis variações decorrentes desta responsabilidade para os casos nos quais há ou não o consentimento de um dos cônjuges ou dos conviventes para a realização dos procedimentos.

PALAVRAS CHAVES: Responsabilidade Civil; Inseminação Artificial Heteróloga.

ABSTRACT

Civil Law has suffered great renovation. The 2002 Civil Code stressed these transformations mainly in what concerns the Family Law field. The modernization of the societies and the speed of information, along with recent scientific discoveries have directly influenced the Civil Law. This paper aims to discuss the innovations found in the roots of the article 1.597 of the New Civil Code, giving special attention to the relations originated in the incise V. We intent to analyze the civil responsibility as the result of a genetic material donation in cases of heterologous artificial insemination; this paper also deals with possible variations of this responsibility in cases where it may or not occur assentiveness from one of the spouse or companion for the procedure accomplishment.

KEY WORDS: Civil Responsibility; Heterologous Artificial Insemination.

RESUMEN

El Derecho Civil sufre un gran proceso de transformación. La entrada en vigor del Nuevo Código Civil brasileño de 2002 acentuó esas mudanzas, principalmente en lo que se refiere al Derecho de Familia. Además de otros factores, la modernización de la sociedad, la velocidad de las informaciones y los nuevos descubrimientos científicos influyen directamente las relaciones sociales y, en consecuencia, el Derecho Civil. La propuesta de este estudio es abordar algunas cuestiones que surgen con las innovaciones embutidas en el espíritu del artículo 1.597 del Nuevo Código Civil, dándole una atención especial a las relaciones que se originan en la previsión existente en el inciso V. Teniendo como objetivo mayor el estudio de las responsabilidades civiles conexas de la donación de material genético en los casos de inseminación artificial heteróloga, este estudio aborda todavía, las posibles variantes de esa responsabilidad para los casos en que haya o no el consentimiento de uno de los conyugues o pareja para la realización de los procedimientos.

PALABRAS-CLAVE: Responsabilidad Civil; Inseminación Artificial Heteróloga.

SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Reprodução Assistida	4
2.1. Evolução Histórica	5
2.2. Técnicas de Reprodução Assistida	7
2.2.1. Inseminação Artificial (IA)	9
2.2.2. Fertilização <i>In Vitro</i> e Transferência de Embriões (FIVETE) .	11
2.2.3. Transferência Intra-Tubária de Gametas (GIFT)	13
2.2.4. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)	14
2.3. Legislação	14
2.3.1. Constituição Federal e Lei 9.263/96	15
2.3.2. Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05)	17
2.3.3. Código Civil	18
2.3.4. Resolução Normativa nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina	20
3. Início da Vida Humana, Princípio da Dignidade Humana e Direitos da Personalidade	29
3.1. Início da Vida Humana	29

3.1.1. Origem da Pessoa	38
3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	44
3.3. Direitos da Personalidade	49
4. Das Relações Jurídicas Oriundas dos Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga – Direitos e Deveres dos Envolvidos	54
4.1. Relação Jurídica Existente Entre Doadores de Material Genético e Bancos de Armazenamento	57
4.1.1. Direitos e Deveres dos Doadores de Material Genético	60
4.1.2. Direitos e Deveres dos Bancos de Armazenamento	62
4.2. Relação Jurídica Existente Entre Pacientes dos Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga e Bancos de Armazenamento	62
4.2.1. Direitos e Deveres das Partes	63
4.3. Relação Jurídica Existente Entre Pacientes dos Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga e Doadores de Material Genético ...	64
4.3.1. Direitos dos Pacientes	68
4.4. Relação Jurídica Existente Entre Pacientes dos Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga e Fruto Concebido Por Tais Procedimentos	69

4.5. Relação Jurídica Existente Entre Doadores de Material Genético e Fruto Concebido Por Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga	69
4.6. Do Conflito de Direitos	73
5. Classificação da Responsabilidade do Doador de Material Genético na Inseminação Artificial Heteróloga	82
6. Considerações Finais	92
7. Referência Bibliográfica	97

1. INTRODUÇÃO

Motivado pela curiosidade sobre os direitos e as relações jurídicas existentes entre os envolvidos nos procedimentos de reprodução assistida, resolveu-se pesquisar sobre o tema. Já nas leituras preliminares, foi identificada a grande diferença existente dentro da própria categoria, e a distância que há nas relações entre as pessoas que optam pelos procedimentos homólogos ou heterólogos.

A partir desse momento, decidiu-se direcionar a pesquisa para o estudo das relações e dos efeitos advindos da reprodução assistida heteróloga, pois, nesse caso, junto com as questões inovadoras, vieram as dúvidas e as críticas da comunidade técnica e acadêmica.

Em contato mais profundo com o assunto surgiu um novo incômodo: a maioria dos trabalhos obtidos abordava a questão partindo dos interesses e dos direitos das pessoas que buscam o recurso da inseminação artificial, sem se preocupar com os interesses ou com os direitos daquelas pessoas que seriam geradas a partir de tais procedimentos.

Nesse momento, buscou-se um novo viés, decidindo-se pesquisar as relações e os efeitos advindos da reprodução assistida heteróloga, olhando para a situação sob um ponto de vista diferente; procurando sempre analisar as situações de forma crítica e se preocupando não apenas com os direitos e com os interesses daqueles que se decidem por buscar o auxílio da medicina, mas também com os direitos e com os interesses daqueles que são gerados por esses

procedimentos e que, sem qualquer chance de opção, são tolhidos de direitos essenciais já ao chegarem ao mundo.

Por esse incômodo de consciência, entendeu-se por bem dividir o trabalho em seis partes. Além da introdução, a atenção foi dedicada à reprodução assistida, ao início da vida, ao princípio da dignidade humana e aos direitos da personalidade, às relações jurídicas oriundas dos procedimentos de reprodução assistida heteróloga, à classificação da responsabilidade do doador de material genético e, finalmente, às considerações finais.

No capítulo dedicado à reprodução assistida, após uma breve evolução histórica, foram abordadas as técnicas utilizadas na realização desses procedimentos, indicando a diferença entre elas, bem como os dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema, demonstrando a fragilidade e a necessidade de regulamentação dos procedimentos, assim como dos direitos dos envolvidos neles.

Em seguida, tratou-se do início da vida, tendo como subsídio para o trabalho, além de autores de bioética, as análises jurídicas realizadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0, que questionava a constitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105 (Lei de Biossegurança). Neste contexto, também foi trabalhado o princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo artigo 1º, III da Constituição Federal, e os

direitos da personalidade, ambos indissociáveis ao início da vida e ao objetivo do trabalho.

No quarto capítulo, foram abordadas as relações jurídicas oriundas dos procedimentos de reprodução assistida heteróloga, analisando os direitos e deveres de todos os envolvidos. Nesse momento, realizou-se uma análise geral dessas relações para evidenciar os direitos, os deveres e os conflitos que podem surgir dessas relações. Aqui, além da classificação dessas relações, foram indicadas as razões que levaram a concluir pela responsabilidade do doador de material genético em alguns casos.

Oportunamente, foi classificada a responsabilidade do doador de material genético, nas situações em que se entendeu havê-la, permitindo fazer as considerações finais.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida é um tema atual, moderno e, principalmente, novo para o Direito Civil brasileiro. Embora se tenham registros de que as técnicas existam há muitos anos, sua prática cresceu e tornou-se mais comum nas últimas décadas.

Andréia Aldrovandi e Danielle Galvão de França¹ definem reprodução humana assistida como a “intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”.

Tycho Brahe Fernandes² entende a esterilidade e a infertilidade como doenças com seus componentes físicos, psíquicos e sociais, concluindo que qualquer procedimento dirigido a remediá-las deve ser entendido como terapia, ainda que não faça desaparecer a causa de sua origem. Também nessa linha, Marilena Corrêa e Maria Andréa Loyola³ ensinam que a expressão ‘reprodução assistida’ foi “cunhada no campo da medicina reprodutiva para descrever um conjunto de técnicas para tratamento paliativo da infertilidade”, acrescentando que utilizam o termo ‘tratamento paliativo’, porque a condição de infertilidade de quem se submete ao tratamento, persiste após seu término, mesmo que este tenha sido bem sucedido. Explicam ainda que a origem dessas técnicas estava ligada a

¹ ALDROVANI, Andréia; FRANÇA, Danielle Gavião de. A Reprodução Humana Assistida e as Relações de Parentesco *In Prática Jurídica*. Brasília: Consulex, ano I – Nº 7, p. 34-43, 2002, p 35

² FERNANDES, Tycho Brahe. A Reprodução Assistida em Face da Bioética e do Biodireito *In Diploma Legal*. Florianópolis, 2000, p. 53

³ CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e Bioética. A Regulação da Reprodução Assistida no Brasil *In Cadernos CRH*. Salvador. 2005 Jan/Abr. V. 18, n. 43, p 103

quadros medicamente bem definidos, porém, com o desenvolvimento delas, sua utilização se expandiu para outras finalidades que suplantaram o tratamento daquelas pessoas que não conseguiam, por si só, iniciar o processo de gestação, alcançando outros interessados.

2.1. Evolução Histórica

Os primeiros registros históricos de reprodução assistida ocorreram no século XIV, ocasião em que os povos árabes iniciaram-se em procedimentos de inseminação artificial, com o objetivo de criar cavalos mais fortes⁴, mais resistentes ao calor e mais ágeis para a locomoção nas dunas do deserto. Alguns séculos mais tarde, por volta do ano 1.760, o alemão Ludwig Jacobi trabalhou com a reprodução artificial de peixes e, na década seguinte, o italiano Lázaro Spallanzani logrou êxito ao inseminar, artificialmente, uma cadela que deu cria a três filhotes. Foi no final desse mesmo século, que houve a primeira tentativa de reprodução artificial em seres humanos, quando o médico inglês John Hunter praticou inseminação artificial em uma mulher cujo marido, acometido por um hipospadia (deformidade da uretra), era impossibilitado de procriar. No procedimento, foi utilizado o sêmen do próprio marido⁵. Já no século XIX, o francês Jaime Marion Sims obteve sucesso em procedimento reprodutivo, introduzindo líquido seminal no canal cervical de uma mulher⁶.

⁴ GRACIANO, L. L. . Reprodução Humana Assistida: Determinação da Paternidade e o anonimato do doador. In: X SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E VI MOSTRA DE PESQUISA DA PUC-PR, 2002, CURITIBA. **Caderno de Resumos da PUC-PR**. Curitiba : Pró Reitoria de Pesquisa e Pós Graduação da PUC-PR, 2002. p. 64-64

⁵ *Idem Ibidem*

⁶ *Idem Ibidem*

Nessa mesma época, em Paris, Girault, em seus trinta anos de tentativas, conseguiu ser exitoso em alguns poucos procedimentos. Pancoast, médico inglês, foi o primeiro a realizar a inseminação heteróloga. Já no final do século XIX, Robert Dickison começou a empregar as técnicas reprodutivas nos Estados Unidos⁷.

No século XX, quando Elie Ivanov descobriu a criopreservação, as técnicas reprodutivas deram um salto quantitativo e qualitativo, havendo a polarização de seus procedimentos para a pecuária e dando início aos bancos de semens⁸, tão em voga atualmente em face da recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos.

O ano de 1978 é, para o mundo, um marco, no que tange esses procedimentos. Foi nesse ano que os resultados das pesquisas dos médicos Robert Edwards e Patrik Steptoe desencadearam no nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, nascida na Inglaterra, aos 25 de julho de 1978. No Brasil, pelo mesmo procedimento, Ana Paula Caldeira foi a primeira criança gerada por procedimentos assistidos e veio à lume aos de 07 de outubro de 1984⁹.

⁷ *Idem Ibidem*

⁸ *Idem Ibidem*

⁹ *Idem Ibidem*

Atualmente, as técnicas de reprodução humana assistida se diversificaram e apresentam variações de acordo com as necessidades dos interessados. Uma das principais diferenças que podemos detectar é em função de a fecundação ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher. Corrêa e Loyola¹⁰ ensinam que no primeiro caso - situação em que a fecundação ocorre dentro do corpo feminino – temos a inseminação artificial, procedimento consistente na introdução do sêmen no aparelho reprodutivo da mulher. Já no segundo, temos “as técnicas que têm por base o procedimento de fertilização *in vitro* propriamente dito, nas quais a fertilização do embrião ocorre fora do corpo da mulher”.

Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine¹¹ elencam algumas técnicas, também mencionadas por Juliana Frozel de Camargo¹², são elas: Inseminação Artificial; Fertilização *in vitro* e Transferência de Embriões; Transferência Intra-tubária de Gametas; Transferência Intra-tubária de Zigotos; Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides; sobre as quais passaremos a discorrer, em seguida.

2.2. Técnicas de Reprodução Assistida

Antes de abordarmos diretamente as técnicas, falaremos sobre algumas práticas que, em muitos casos, viabilizam os procedimentos. São elas: a doação de óvulos e a doação de sêmen. Pois, como já mencionado anteriormente, a

¹⁰ CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. *Op. cit.* p. 104

¹¹ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: Edições Loyola. 2005, p. 296 - 297

¹² CAMRGO, Juliana Frozel de. *A Fecundação in Vitro Com Transferência Embrionária: Principais Aspectos Éticos e Legais*. Piracicaba. 2002, p. 22

reprodução artificial se aplica não apenas aos casos daqueles que têm problemas que dificultam a deflagração do processo gestacional, como também àqueles totalmente impossibilitados de fazê-lo.

Nesses casos, de impotência *generendi*¹³, seja do homem ou da mulher, precisa-se recorrer à doação de óvulos ou à doação de sêmen, que como restará demonstrado adiante está diretamente relacionado ao trabalho ora desenvolvido.

Não só nesses casos necessita-se recorrer a esses recursos, mas também nos casos de produções independentes e de relações homossexuais, que, por razões óbvias, não possibilitam a gestação. Situações estas com as quais não compactuamos, pelo menos da forma como ocorre atualmente.

Ao procedimento realizado com material genético de terceiros, ou, em outras palavras, com o material genético de uma pessoa estranha à relação, dá-se o nome de heterólogo. Por outro lado, quando o material genético é proveniente do próprio casal, o procedimento denomina-se homólogo¹⁴.

A doação é feita aos chamados bancos de sêmen ou de óvulos, que são instituições responsáveis pelo gerenciamento desse material. Ocorre que não há, no país, regulamentação e nem legislação necessárias ao desenvolvimento dessa atividade, assim como também padecem de normatividade os próprios procedimentos e seus desdobramentos, como veremos.

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família, v. VI**. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 281

¹⁴ *Idem Ibidem*, p. 288

2.2.1. Inseminação Artificial (IA)

Inseminação Artificial é a técnica através da qual os espermatozóides são selecionados por meio de cultura e implantados por meio de sonda no trato genital feminino¹⁵. Dá-se a transferência mecânica dos espermatozóides¹⁶.

Leonardo Leite¹⁷ assevera que este procedimento tem, como requisito básico, a presença de, pelo menos, uma tuba pélvica e cavidade uterina normal. Explica ainda que inseminação artificial apresenta uma dicotomia, podendo ser intra-cervical (IC) ou intra-uterina (IU).

Utiliza-se a intra-cervical nos casos de impossibilidade de uma relação sexual normal ou de impossibilidade de coito vaginal. Este procedimento reproduz as condições fisiológicas da relação sexual, mas, teoricamente, não apresenta nenhuma superioridade àquela¹⁸.

Por sua vez, na inseminação artificial intra-uterina, ocorre o depósito de “espermatozóides móveis capacitados no fundo da cavidade uterina após a indução da ovulação”. Este procedimento apresenta algumas vantagens em relação à IC, como por exemplo, a dispensa da necessidade do muco cervical¹⁹; o fato de os espermatozóides serem injetados, além do colo do útero, aumenta o

¹⁵ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. 2005. *Op. cit.* p. 296

¹⁶ GRACIANO. 2002. *Op. cit.* p. 64

¹⁷ LEITE, Leonardo. **Inseminação Artificial**. Disponível na internet em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_inseminacao.htm aos 28-7-2008

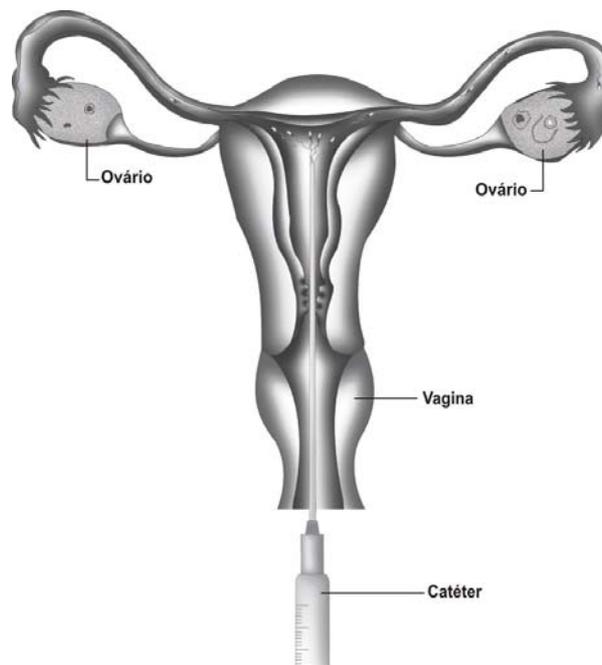
¹⁸ *Idem Ibidem*

¹⁹ “o muco cervical é necessário para a migração dos espermatozóides durante o processo de fecundação natural”. *Idem Ibidem*

número de espermatozoides móveis adentrando na cavidade uterina, facilitando o encontro entre esses e o óvulo²⁰.

Para a realização deste procedimento, é necessária a estimulação ovariana, o que é feito através de hormônios. A dosagem deve ser controlada para evitar a hiper-estimulação e, conseqüentemente, a gravidez múltipla. Também é necessário selecionar os espermatozoides. Nesta seleção, despreza-se o líquido seminal, usual meio de transporte para os espermatozoides, neste caso, substituído pelo meio de cultura que os implantará para além do colo do útero.²¹

22



²⁰ *Idem Ibidem*

²¹ *Idem Ibidem*

²² Representação gráfica de inseminação artificial intra-uterina, disponível na internet em <http://www.feliccita.com.br/IUI.htm> aos 28-7-2008.

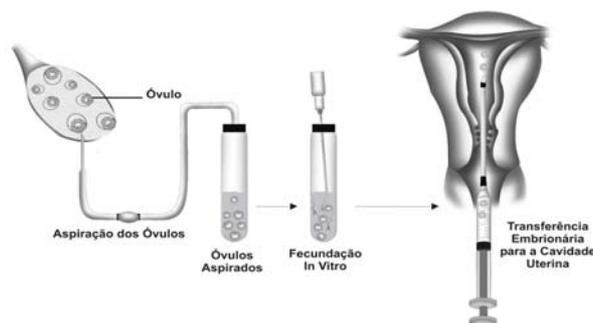
2.2.2. Fertilização *In Vitro* e Transferência de Embriões (FIVETE)

Nesta técnica, a fertilização do óvulo pelo espermatozóide é feita em laboratório²³, portanto fora do organismo feminino, como mencionado anteriormente. Consiste na indução da ovulação, por drogas injetáveis que estimulam o crescimento dos folículos e provocam a ovulação. Da mesma forma que na IA, a dosagem de drogas deve ser controlada para evitar estímulos exagerados. Quando os óvulos estão maduros, é aplicada uma injeção de hormônio (Gonadotrofina Coriônica Humana) que define o momento da coleta. Os folículos são coletados por sonda ecográfica, acoplada à agulha apropriada e monitorada com o auxílio de ultra-som de alta frequência. Auxiliado por estereomicroscópio de fluxo laminar, o conteúdo líquido desses folículos é transferido para uma placa de meio de cultura, onde são identificados e retirados os óvulos, para transferência para outra placa contendo apenas meio de cultura. Aqui os óvulos serão classificados como imaturos ou em prófase, metáfase I e metáfase II ou maduros. Somente aqueles classificados como metáfase II ou maduros é que estão aptos para a fertilização. O sêmen coletado naturalmente, através de processo masturbatório, também é tratado. Passa por lavagem com meio de cultura e centrifugação, separando-se, desta forma, o plasma seminal, dando aos espermatozoides maior mobilidade e capacidade para a fertilização.

²³ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. 2005. *Op. cit.*

Este processo remove substâncias químicas e bactérias que podem causar contrações uterinas diversas²⁴.

25



Os óvulos e espermatozóides são mantidos em incubadoras, em condições adequadas, por um período que pode variar entre 12 a 18 horas. Após este período, examina-se o material em busca de sinais de fertilização. Tem-se a fertilização como normal quando se visualizam 2 (dois) pró-núcleos. Antes da transferência embrionária, examinam-se os “pré-embriões em fase de ciclagem (3 dias após a fertilização) ou em estágio de blastocisto (6 dias após a fertilização)” classificando-os morfológicamente, dependendo da velocidade da divisão celular e da presença ou da ausência de fragmentação.²⁶

²⁴ LEITE, Leonardo. **Inseminação Artificial**. Disponível na internet em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm aos 28-7-2008

²⁵ Representação gráfica dos procedimentos realizados no processo de Fertilização *in vitro* e Transferência de Embrião, disponível na internet em <http://www.feliccita.com.br/FIV.htm> aos 28-7-2008

²⁶ *Idem Ibidem*



2.2.3. Transferência Intra-Tubária de Gametas (GIFT)

Descoberta pelo argentino Ricardo Ash, esta técnica também conhecida por GIFT, sigla originária da abreviatura do termo *Gamete Intrafallopian Transfer*²⁸, é muito semelhante à fertilização *in vitro*, apresentando como diferença principal o fato de o processo ocorrer no interior do corpo feminino. Entretanto, desde a preparação e os estímulos hormonais até o início do procedimento de intervenção, os passos são muito semelhantes²⁹.

Nas palavras de Pessini³⁰, “neste caso os espermatozóides processados e os óvulos colhidos anteriormente por aspiração vaginal são transferidos diretamente para as trompas por laparoscopia. A fertilização ocorre *in vivo*”.

²⁷ Representação gráfica de uma fertilização tida como normal, apresentando 2 pró-núcleos. Figura ilustrativa apresentada por Leonardo Leite in LEITE, Leonardo. **Fertilização *in vitro***. Disponível na internet em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm aos 28-7-2008

²⁸ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. 2005. *Op. cit.*

²⁹ <http://www.feliccita.com.br/GIFT.htm> disponível na internet aos 28-7-2008

³⁰ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. 2005. *Op. cit.* p. 297

Na mesma operação, colocam-se ambos os gametas (espermatozóide e óvulo) em uma cânula especial, introduzida através de pequena incisão na parede do abdome, que implanta os gametas nas tropas uterinas.³¹

2.2.4. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides (ICSI)

Técnica designada por *Intracytoplasmic Sperm Injection* segue os mesmos passos da fertilização *in vitro*, porém, aqui, utilizando um aparelho, especialmente desenvolvido, que contém microagulhas para injeção, é implantado um único espermatozóide no citoplasma do óvulo.³²

2.3. Legislação

Atualmente, em nosso país, existe uma carência legislativa sobre o tema ora tratado. Havendo, apenas, uma abordagem superficial sobre questões relacionadas, de onde se depreende a autorização dos procedimentos. Porém, chega-se a essa conclusão mais por não haver nenhuma norma que os proíba do que por qualquer outra razão.

Como veremos, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º, trata do planejamento familiar, tema correlato à reprodução assistida que é disciplinado pela Lei 9.263/96, estatuto que menciona, em seu artigo 3º, § único, I, a obrigatoriedade por parte do Sistema Único de Saúde, de assistência à concepção. Já o Código Civil menciona a fertilização artificial em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V, esclarecendo, neste último, que se presumem concebidos, na

³¹ GRACIANO. 2002. *Op. cit.*

³² PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Op. cit*

constância do casamento, os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. No que se refere à Lei de Biossegurança (11.105/05), ao autorizar a pesquisa com células-tronco embrionárias, disciplina que estas serão obtidas dos embriões produzidos para a fertilização *in vitro*. Existe ainda a resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, norma administrativa, que trata da questão e alguns projetos de lei da Câmara dos Deputados e do Senado Federal sobre o tema.

Dessa forma, por ilação, entende-se tacitamente autorizada realização dos procedimentos de reprodução assistida, mas o fato é que a questão necessita de regulamentação, como assevera Débora Diniz³³.

Passaremos então à análise dos regramentos existentes.

2.3.1. Constituição Federal e Lei 9.263/96

O Artigo 226, § 7º da Constituição, assim disciplina:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, do planejamento familiar e livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições privadas.

³³ DINIZ, Débora. Técnicas Reprodutivas, Ética e Gênero: O Debate legislativo Brasileiro *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Bioética Alguns desafios**. São Paulo: Edições Loyola. 2001, p. 203 - 224

A Lei 9.263/96³⁴, que regulamenta o dispositivo constitucional, diz, em seu artigo primeiro, ser o planejamento familiar direito de todo cidadão, observados os seus preceitos.

“Entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Sendo proibida a utilização destas ações para o controle demográfico³⁵.

O Sistema Único de Saúde obriga-se a garantir a atenção a atividades básicas, como por exemplo, a assistência à concepção e contracepção, controle de doenças sexualmente transmissíveis, prevenção ao câncer cérvico-uterino³⁶.

Trata, ainda, o diploma legal, da experiência com seres humanos ao dispor que, sendo previamente autorizados, fiscalizados e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, será permitida a realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade.³⁷

Afirma, também, que serão oferecidos todos os métodos técnicos de concepção e contracepção cientificamente aceitos, garantindo a liberdade de opção.³⁸

³⁴ Disponível na internet em : : <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9263.htm> aos 31-7-2008

³⁵ Artigo 2º da Lei 9.263/96

³⁶ Artigo 3º da Lei 9.263/96

³⁷ Artigo 8º da Lei 9.263/96

³⁸ Artigo 9º da Lei 9.263/96

O diploma legal trata também da permissão para a esterilização e define algumas figuras típicas para aqueles que desrespeitarem os regramentos sobre esses procedimentos.

2.3.2. Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05)

A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) também faz menção aos procedimentos de reprodução assistida, mais especificamente à fertilização *in vitro*, no *caput* do artigo 5º. O artigo 5º da Lei 11.105/05 assim dispõe:

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 de publicação desta lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º - Em qualquer caso é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º - Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º - É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da 9.434/97.

Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0, proposta pelo Procurador-Geral da República em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, que tinha por objeto a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo supra transcrito e julgada improcedente em junho do corrente, o que se tem no dispositivo, é todo um bem concatenado bloco normativo que favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas do embrião humano³⁹.

O artigo aborda questão polêmica, que suscitou amplo debate no Supremo Tribunal Federal e na mídia, despertando a sociedade para a importância das questões sobre os procedimentos de reprodução assistida. Porém, o fato é que esta lei, da mesma forma que a Constituição e a lei 9.263/96, apenas se refere aos procedimentos de reprodução medicamente assistida sem enfrentar o tema. Isso ocorre também no Código Civil, como veremos.

2.3.3. Código Civil

O Novo Código Civil também abordou a temática acalorando as discussões, sobretudo por acadêmicos e operadores do direito, devido à redação dada ao artigo 1.597 do CC.

Neste dispositivo, a exemplo do que ocorre com a lei 9.263/96 e com a Lei 11.105/05, o legislador reconheceu formalmente a possibilidade e a validade de procedimentos como a reprodução assistida homóloga e heteróloga,

³⁹ ADI 3.510-0, voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

permitindo, inclusive, a sua realização após a morte do cônjuge varão, bem como, abordou outras questões polêmicas, como por exemplo, os embriões excedentários. Estes também relacionados pela Lei 11.105/05.

Embora possa ser entendido como avanço na legislação, o dispositivo recebe muitas críticas por tratar de matéria tão intrincada em poucas linhas, deixando a desejar maiores esclarecimentos.

Nos termos do Código Civil, assim diz o referido artigo:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou 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.

Realmente, o legislador foi econômico em suas explicações. Neste ponto, há concordância com Silvio de Salvo Venosa⁴⁰, para quem “o código de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. 2004. *Op. cit.* p. 287

constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”⁴¹.

De fato é o que ocorre. Tanto que o dispositivo encontra-se no Capítulo II, do Subtítulo II, do Título I, do Livro IV, denominado “DA FILIAÇÃO” e apenas aborda a questão no que diz respeito a este tema, deixando todas as demais celeumas que possam advir de tais procedimentos para serem reguladas por lei especial⁴².

Da forma como o Código Civil abordou o tema, tem-se a impressão de que seria mais prudente o legislador regulamentá-lo por lei especial, ou desse um pouco mais de atenção a ele. Afinal, destas premissas introduzidas no diploma legislativo surgem questões de grande complexidade como se perceberá na medida em que se aprofundar a discussão⁴³.

2.3.4. Resolução Normativa nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

Outro instrumento normativo que disciplina o assunto é a Resolução Normativa n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Vale sempre lembrar que se trata de uma norma administrativa e, portanto, sem poder de coerção fora deste âmbito.

⁴¹ Camargo, Lucas Couceiro Ferreira de. Responsabilidade Civil do Doador de Material Genético na Inseminação Artificial Heteróloga *In Revista Jurídica – PUC-Campinas*. Campinas. 2007. Vol. 23. no. 2, p 16

⁴² *Idem Ibidem*

⁴³ *Idem Ibidem*

Esta norma, já em suas considerações iniciais, destaca: a “importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la”; que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários destes casos; que “as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais”; bem como chama a atenção para a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica⁴⁴.

Foi com base nestas considerações que o Conselho Federal de Medicina resolveu adotar normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Artificial. Definindo como princípios gerais que as técnicas têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando ineficazes outras terapêuticas e podendo utilizá-las sempre que exista probabilidade efetiva de sucesso e não traga risco à saúde da paciente ou dos possíveis descendentes⁴⁵.

Porém, para este intento, segundo aquele órgão, faz-se obrigatório o consentimento informado dos pacientes inférteis e doadores. Devendo as informações atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. “O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil”⁴⁶.

⁴⁴ Preâmbulo da Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina

⁴⁵ *Idem Ibidem*

⁴⁶ *Idem Ibidem*

Salvo em casos de evitar doenças ligadas ao sexo do futuro filho, as técnicas não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar nem o sexo e nem qualquer outra característica biológica da criança vindoura. Sendo proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana, deve-se limitar a quatro o número de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora. Nos casos de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de Reprodução Assistida, é proibida a redução embrionária⁴⁷. Sobre este tema pronunciou-se Débora Diniz⁴⁸ dizendo:

O debate sobre a interrupção seletiva em caso de má formação fetal vem se intensificando no país. Hoje, apesar de tal prática ainda ser considerada como crime, estima-se que mais de quatrocentas interrupções seletivas de gestação já foram realizadas no país, por meio de alvarás judiciais em nome da incompatibilidade do feto com a vida extra-uterina.

As técnicas de Reprodução Assistida destinam-se a toda mulher capaz que deseje submeter-se a elas, desde que livre e conscientemente tenha manifestado seu consentimento em documento específico. Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro⁴⁹. Mulher capaz é, em regra, aquela maior de 18 anos no gozo de todas as suas faculdades mentais, ou, nos termos do Código Civil, artigo 5º:

⁴⁷ *Idem Ibidem*

⁴⁸ DINIZ, Débora. 2001. *Op. cit.*

⁴⁹ Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina. 1992. *Op. cit.*

A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

§ único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Neste momento, não será dada atenção especial às questões e problemas que a falta de técnica legislativa trouxe para o Código Civil após a reforma de 2002, praticamente reproduzindo os termos da lei anterior. Mas também não poderíamos deixar de chamar a atenção para a dificuldade, quando não impossibilidade de concretização das causas que cessam a incapacidade relativa. Isto porque, na Lei anterior, diferentemente da atual, a maioridade era adquirida aos 21 (vinte e um) anos de idade e os relativamente incapazes eram aqueles que se encontravam entre os 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade. O legislador reduziu as balizas da incapacidade relativa e da maioridade, mas reproduziu as mesmas condições para superá-las, desconsiderando

absolutamente a inviabilidade em alguns casos, como por exemplo, o menor de 18 anos ingressar em emprego público.

Ainda à luz da Resolução 1.358, no que tange às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas reprodutivas, aquele estatuto afirma serem responsáveis pelo “controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano” para os usuários das técnicas exigindo alguns requisitos mínimos como: um responsável por todos os procedimentos que será, obrigatoriamente, um médico; registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas aplicadas na unidade, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões; registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano utilizado com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças⁵⁰.

Sobre a doação de gametas e pré-embriões, o Conselho Federal de Medicina estabelece que: nunca terá caráter lucrativo ou comercial; sigilo obrigatório sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores, podendo, as informações sobre doadores, em situações especiais e por razões médicas, ser fornecidas, exclusivamente para médicos; as instituições que empregam a doação devem manter, permanentemente, um registro de dados clínicos de caráter geral e uma amostra de material celular dos doadores; na localização da unidade, “o registro das gestações evitará que um

⁵⁰ *Idem Ibidem*

doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes”; as unidades são responsáveis pela escolha dos doadores, garantindo a maior “semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”; os membros das equipes não poderão ser doadores⁵¹.

Permite-se a criopreservação de espermatozóides, óvulos e pré-embriões, devendo o número total de pré-embriões produzidos ser comunicado aos pacientes para esses decidirem quantos serão transferidos a fresco; Os pré-embriões excedentes serão criopreservados, ficando proibido o descarte ou a destruição. Os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, “quanto ao destino dos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”⁵².

Estabelece, ainda, a Resolução do Conselho Federal de Medicina que o tempo máximo de desenvolvimento *in vitro* do pré-embrião é de 14 (quatorze) dias. Pronunciando-se, por fim, sobre a gestação em substituição, o diploma a autoriza, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética, definindo que as mães substitutas devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau

⁵¹ *Idem Ibidem*

⁵² *Idem Ibidem*

ficando outros casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Proíbe o caráter lucrativo ou comercial nesses procedimentos⁵³.

São estas as orientações de procedimentos do Conselho de medicina. Sem dúvidas, este é o ato normativo válido que mais se aprofundou na abordagem do problema, porém, da mesma forma, é inquestionável que este diploma não soluciona todas as hipóteses possíveis causadoras de conflito que podem advir das relações provenientes destes procedimentos.

Fato é que nenhum ato legislativo aborda a questão e as poucas tentativas havidas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, como por exemplo, os Projetos de Lei 54/02 do Deputado Luiz Moreira⁵⁴; 90/99 do Senador Lúcio Alcântara⁵⁵, tiveram, como fonte inspiradora, os termos da presente resolução e, após serem apensados, encontram-se arquivados por serem um tema de muita polêmica que pode render um grande déficit eleitoral para os congressistas⁵⁶.

Ocorre que a necessidade de regulamentação é imperiosa, mesmo porque em 19 de outubro de 2005, durante a 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, foi aprovada por unanimidade a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que

⁵³ *Idem Ibidem*

⁵⁴ Segundo consulta realizada em http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50564 aos 31-7-2008

⁵⁵ Segundo consulta realizada em http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304 aos 31-7-2008

⁵⁶ DINIZ, Débora. 2001. *Op. cit.*

institui um marco inspirador de políticas, leis e padrões no setor para todos os países membros da ONU⁵⁷.

Como advertido por Lewandowski, no preâmbulo da declaração, consta que ela deriva da “capacidade única dos seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre seu meio ambiente”. Consignando ainda em suas considerações exordiais que “questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços nas ciências e suas aplicações devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universal pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”.⁵⁸

O Ministro ainda confere especial destaque a alguns princípios assentados na Declaração, como a “dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade”, afirmando que os interesses e o bem estar do indivíduo devem se sobrepor ao interesse exclusivo da ciência, de forma que “os benefícios diretos e indiretos dos pacientes sujeitos às pesquisas e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado” sempre que se tratar de aplicação de avanço científico, das práticas médicas e tecnologias⁵⁹.

De acordo com o artigo 22 da Declaração, “os Estados devem tomar todas as medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza de modo a implementar os princípios estabelecidos na presente

⁵⁷ ADI 3.510-0, Voto Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

⁵⁸ *Idem ibidem*

⁵⁹ *Idem ibidem*

Declaração em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos”⁶⁰.

Assim, após suas considerações, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski conclui sobre a necessidade de regulamentação, bem como de legislação específica, que se incumba dos procedimentos de reprodução assistida, dizendo:

O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional.

Em outras palavras, a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso país devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1.988⁶¹.

⁶⁰ *Idem ibidem*

⁶¹ *Idem ibidem*

3. INÍCIO DA VIDA HUMANA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Superadas as explicações introdutórias referentes às técnicas de reprodução assistida e sua regulamentação em nosso país, indispensáveis ao desenvolvimento desta pesquisa, será iniciado outro ponto imprescindível ao trabalho, como já evidenciado nas considerações finais do capítulo antecedente.

Serão abordados, basicamente, 3 (três) pontos: o início da vida humana, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

Assim como o apresentado no capítulo anterior, a abordagem dos temas mencionados será perfunctória, tendo em vista que são temas de grande complexidade e esmiuçá-los não é o objetivo do presente.

Por outro lado, a ligação deles com a proposta de pesquisa é de tal ordem que não é possível deixá-los à margem de nossa apresentação, pois as questões enfrentadas estão visceralmente ligadas ao início da vida humana, à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade.

3.1. Início da Vida Humana

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0, proposta pelo Procurador-Geral da República em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, que tinha por objeto a declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 (Lei de Biossegurança). “Os dispositivos impugnados

versam sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento”⁶².

Cláudio Fontelles, Procurador-Geral da República à época, fundamentou a exordial alegando que os dispositivos contrariavam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”⁶³.

O julgamento da ação foi amplamente divulgado e debatido pela mídia nacional, não apenas por sua relevância, mas também pela polêmica trazida nos escritos do diploma legal questionado, bem como, pela inédita adoção do procedimento previsto no parágrafo 1º do artigo 9º da Lei 9.868/99, a realização de audiência pública.

Nas palavras do Ministro relator, a realização do procedimento fazia-se necessária ante à saliente importância da matéria que subjazia àquela ADI, sendo designada audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema⁶⁴, alegando que o procedimento, além de subsidiar os ministros do STF, também possibilitaria uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que,

⁶² ADI 3.510-0, Voto Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

⁶³ ADI 3.510-0, Procurador-Geral da República Cláudio Fontelles

⁶⁴ ADI 3.510-0, decisão proferida aos 07 de março de 2007, pelo Ministro Relator da Carlos Ayres Britto.

certamente, legitimaria, ainda mais, a decisão a ser tomada pelo plenário da colenda Corte⁶⁵.

A audiência ocorreu aos 20 de abril de 2007, às 09h no auditório da 1ª Turma do STF e, de fato, não só contribuiu com o julgamento da ação como também possibilitou a participação da sociedade civil no debate, polarizando as discussões e aumentando o espírito crítico da população, visto que os poucos estudos sobre o tema existentes no país confundem-se com análises jurídicas e normativas de situações específicas, havendo uma preponderância de argumentos clínicos e jurídicos no debate legislativo nacional. “No Brasil o processo legislativo vem sendo de classes, nesta ordem de influência: a Medicina, o Direito e a Igreja Católica”⁶⁶, ao contrário de outros países onde esta discussão envolveu diversos setores da sociedade constituindo um amplo exercício de debate democrático⁶⁷.

Apresentaram-se para participação no ato dois blocos de especialistas, um deles favorável e outro contrário à constitucionalidade do dispositivo legal. Sendo a questão central da celeuma a permissão para realizar pesquisas com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Ambos os blocos eram formados por dez pesquisadores e as idéias defendidas por alguns deles foram, em síntese, as seguintes:

⁶⁵ *Idem Ibidem*

⁶⁶ DINIZ, Débora. 2001, p. 205 *Op. cit.*

⁶⁷ *Idem Ibidem*

Bloco favorável às pesquisas – para a Dra. Mayana Zatz, a pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não significa aborto, porque o embrião congelado por si só não é vida, ele depende da transferência para o útero⁶⁸. Patrícia Helena Lucas Pranke argumentou que o pré-embrião, até o décimo quarto dia, não apresenta as células do sistema nervoso central, o que poderia ser comparado à morte encefálica⁶⁹. Lygia V. Pereira manifestou-se dizendo que para discutir a constitucionalidade da Lei de Biossegurança não era importante saber quando começava a vida, e sim esclarecer de que tipo de embrião humano tratava a lei, afirmando em sua conclusão que seriam os embriões congelados e descartados, e não embriões produzidos somente para a utilização em pesquisas⁷⁰. Luiz Eugênio de Moraes Mello pronunciou-se, no mesmo sentido de Patrícia Helena Lucas Pranke, defendendo que o início da vida deveria ser determinado pelo mesmo critério de seu término, a atividade cerebral, o que ocorre apenas quatorze dias após a fecundação⁷¹. Débora Diniz considerou que a resposta para a pergunta: quando tem início a vida? Leva-nos a uma regressão infinita sobre a origem da vida e concluiu afirmando que embriões inviáveis são os embriões para os quais não há como se imputar a tese da potencialidade de vida⁷².

Por sua vez, o bloco contrário às pesquisas e, portanto, favorável à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105, manifestou-se da

⁶⁸ MONTENEGRO, Karla Bernardo. Início da Vida no STF *In* MOTA, Sílvia. **Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito**. Disponível na internet em 10/07/2008: : http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm

⁶⁹ *Idem Ibidem*

⁷⁰ *Idem Ibidem*

⁷¹ *Idem Ibidem*

⁷² *Idem Ibidem*

seguinte forma: para Lenize Aparecida Martins, já no primeiro momento (fecundação), estão definidas as características únicas do indivíduo, portanto, o embrião já é um indivíduo⁷³. Cláudia Maria de Castro Batista citou Spalman dizendo que “a primeira célula que surge da fecundação é viva, e, portanto, já é vida. É a fecundação que permite que o desenvolvimento do indivíduo seja disparado”⁷⁴. Lílian Piñero-Eça afirmou que o embrião emite pelo menos 100 (cem) neurotransmissores para os 75 (setenta e cinco) trilhões de células existentes no corpo da gestante, o que desencadeia mudanças hormonais e esta comunicação entre embrião e a genitora seria a prova de que existe vida desde o primeiro momento⁷⁵. Elisabeth Kipman Cerqueira alegou que o começo de uma nova vida ocorre quando o espermatozóide atravessa o óvulo e que o embrião cresce por si mesmo, não dependendo da intervenção humana, afirmando que seu desenvolvimento é autônomo e, somente após o quinto dia, se o embrião não for transferido para o útero da mãe ele morre⁷⁶.

Rodolfo Acatauassú Nunes mostrou sua incompreensão, do ponto de vista ético, em envolver um ser humano em uma pesquisa que inviabilizará a sua vida, mesmo que em nome do progresso e da ciência⁷⁷. Herbert Praxedes citou Immanuel Kant para lembrar que “a dignidade é o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma”⁷⁸. Para Dalton Luiz de Paula Ramos, o embrião humano não

⁷³ *Idem Ibidem*

⁷⁴ *Idem Ibidem*

⁷⁵ *Idem Ibidem*

⁷⁶ *Idem Ibidem*

⁷⁷ *Idem Ibidem*

⁷⁸ *Idem Ibidem*

é um simples aglomerado de células, porque o seu comportamento é completamente diferente das outras células. Explicou que se oferecidas condições de proteção, acolhida e alimentação, o embrião se desenvolverá fazendo surgir a vida humana como processo contínuo, coordenado e progressivo⁷⁹. Finalmente, Rogério Pazetti disse que um embrião humano constitui-se de células ligadas umas às outras com informações precisas e específicas desde a primeira divisão⁸⁰.

A realização da audiência pública trouxe, novamente às manchetes, a discussão sobre a origem da vida, o aborto e acrescentou a estes temas mais um ingrediente muito picante – a realização de pesquisas com embriões humanos.

Sem dúvida, a discussão é pertinente e não há que se falar qual é o ponto de vista correto. Todas as manifestações são precisas e nem se poderia esperar algo diferente disso, o que pode ocorrer são as divergências quanto aos pontos de vistas de cada ramo da ciência. Neste diapasão, manifestou-se a Ministra Ellen Gracie ao afirmar em seu voto⁸¹:

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de

⁷⁹ *Idem Ibidem*

⁸⁰ *Idem Ibidem*

⁸¹ ADI 3.510-0, Voto da Ministra Ellen Grace, à época presidente daquela Corte.

numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana.

Foi, neste contexto, que a Ministra prosseguiu em seu voto afirmando que buscaram naquele julgamento respostas que nem mesmo os constituintes originários e reformadores propuseram-se a dar e que “não era papel daquela Suprema Corte⁸² estabelecer conceitos que já não estivessem explícita ou implicitamente plasmados na Constituição federal”⁸³. Foi dentro desta linha de raciocínio, que a Ministra concluiu pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 e acompanhou o voto do Relator.

Este, por sua vez, ao se manifestar sobre as posições apresentadas pelos especialistas em seu voto, assim o fez no relatório, quando se referiu àqueles contrários às pesquisas⁸⁴:

[...] Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais do que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana, em sua individualidade genética e especificidade ôntica, já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o

⁸² Também o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, pronunciou-se em seu voto nesse sentido, afirmando: “talvez não seja o judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado – e nem vocacionado – para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas”. ADI 3.510-0, Voto do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

⁸³ ADI 3.510-0, Voto da Ministra Ellen Grace, à época presidente daquela Corte

⁸⁴ ADI 3.510-0, Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto.

processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*.

Por outro lado, ao se manifestar sobre os especialistas que se pronunciaram favoravelmente às pesquisas, logo, contrários à declaração de inconstitucionalidade, o Relator, assim se pronunciou:

[...] Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente atinge a dimensão das insipientes características físicas e neurais de uma pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias⁸⁵.

Etimologicamente, a palavra consenso significa “conformidade, acordo ou concordância de idéias, de opiniões⁸⁶. Hubert Lepargergneur⁸⁷ define consenso como “um conceito que remete indiretamente à verdade e diretamente a um acordo social” e afirma também que “em uma sociedade qualquer, o consenso supõe um mínimo prévio de harmonização dos valores ou princípios entre os

⁸⁵ *Idem Ibidem*

⁸⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio O Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Franteira. 1.999, p. 532

⁸⁷ LEPARGEGNEUR, Hubert. Engelhardt e as Dificuldades do Consenso *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Bioética Alguns desafios**. São Paulo: Edições Loyola. 2001, p. 93

participantes.” A controvérsia da discussão em lume é incontestável e difícil seria buscar o consenso.

Para tanto, precisaríamos recorrer à tolerância, o que implica, invariavelmente, no encontro com o outro e o respeito a suas crenças e valores. De certa forma, este encontro é um confronto com os que não comungam com nossas próprias crenças⁸⁸.

Dirce Guilhem e Erli Helena Gonçalves⁸⁹ trabalham com três conceitos necessários para se chegar à tolerância: o Imoral, o Intolerante e o Intolerável. Para as autoras, “imoral é tudo o que, em alguma medida, não faz parte de nosso repertório moral, mas que não necessariamente mereça ser exterminado”, ao passo que afirmam que somos “intolerantes com as pessoas e questões que julgamos imorais, ou seja, que estão fora do limite de moralidade que elegemos como verdadeira”; finalmente, definem o intolerável como sendo “as pessoas, práticas ou crenças consideradas absolutamente impossíveis e merecedoras de intervenção, nem que seja por meio da violência”. Em conclusão, afirmam:

Não há verdades para toda a humanidade, reconhecemos a necessidade persistente de ampliar nosso horizonte do possível moral, na tentativa de se iniciar um exercício diário para domesticar nossa

⁸⁸ GUILHEM, Dirce; GONÇALVES, Erli Helena. Decisões Reprodutivas, Genética Clínica e o Agir Bioético: o Encontro da Biologia Com a Cultura *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Bioética Alguns desafios**. São Paulo: Edições Loyola. 2001, p. 230-232

⁸⁹ *Idem Ibidem*

intolerância, preparando-nos assim para o encontro com a alteridade do outro⁹⁰

Sem a pretensão de solucionar a questão sobre o início da vida, utilizar-se-á a tolerância, em busca de um consenso, para buscar uma resposta que, ao menos, possibilite continuarmos a desenvolver nosso trabalho sem ferir as convicções de qualquer dos blocos de pensamento. Nesta perspectiva, é que enfrentaremos a controvérsia sobre o tema.

Em um ponto, porém, há convergência⁹¹ no pensamento de todos. Como afirmou Débora Diniz⁹², a pergunta: quando tem início a vida? Leva a uma regressão infinita sobre sua origem. Uma regressão infinita que não cabe neste momento, mas, ainda assim, precisamos nos debruçar sobre o conceito e a origem da pessoa, para conseguirmos a convicção necessária em busca de uma opinião sobre a questão.

3.1.1. Origem da Pessoa

Os cristãos definem a pessoa como “criação definitiva e imediata de Deus”⁹³; já as ciências humanas a definem como “elaboração social progressiva e mutável”⁹⁴. A biologia desconhece o termo pessoa, não é de seu vocabulário técnico e seu significado ignora critérios científicos para decidir se e quando existe uma pessoa. “Pessoa é um termo de valorização cultural com pressupostos

⁹⁰ *Idem lbedem*

⁹¹ consenso ou conformidade.

⁹² V. fls. 32

⁹³ LEPARGEGNEUR, Hubert. Bioética e Conceito de Pessoa: Esclarecimentos *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus. 1996, p. 96 - 98

⁹⁴ *Idem lbedem*

sóciopsicológicos e decorrência ética”⁹⁵. Resumidamente, pode-se dizer que pessoa é “o indivíduo consciente, dotado de corpo, razão e vontade, autônomo e responsável”⁹⁶. Evidentemente, que nem o embrião, nem o feto, nem os loucos de todos os gêneros e nem o comatoso, co-respondem a esta definição de pessoa. Entretanto, pela ascrição, ou seja, pela atribuição de certa dignidade pessoal⁹⁷, igualam-se estes àqueles. Essa “ascrição não resulta de uma decisão individual, mas de um juízo comunitário, cultural (do ethos)”⁹⁸.

Para Boécio, não se pode dizer que os corpos não viventes são considerados pessoas, nem, por outro lado, daqueles corpos viventes, mas que carecem do sentido, finalmente, também não se pode atribuir essa qualificação a tudo aquilo que é desprovido de intelecto e razão. Segundo o autor, pessoa é a “substância individual de natureza racional”⁹⁹.

Lepargegneur¹⁰⁰, ao trabalhar a questão, cita, ainda, três filósofos: Immanuel Kant, para quem “uma pessoa é um sujeito responsável por seus atos”; John Locke que asseverou: “uma pessoa é consciente, em momentos diversos, da unidade numérica do seu eu”; e T. Dohzhenaky, que afirmou: “a consciência de si é talvez a característica fundamental da espécie humana”¹⁰¹.

⁹⁵ *Idem lbedem*

⁹⁶ *Idem lbedem*

⁹⁷ *Idem lbedem*

⁹⁸ *Idem lbedem*

⁹⁹ BOÉCIO. **Escritos (Opuscula Sacra)**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p. 166 - 167

¹⁰⁰ LEPARGEGNEUR, Hubert. 1996, *Op. cit.*

¹⁰¹ A essa última assertiva se coaduna aquela trazida às fls. 27, consignada no preâmbulo da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, qual seja: a “capacidade única dos seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre o seu meio ambiente”.

Podemos notar que, para o autor, a pessoa necessita de alguns atributos elementares, sendo evidente que ele não retira esta condição (de pessoa) daqueles que, por infortúnios da vida, não conseguem reunir estes atributos. Entretanto, nesta mesma categoria, ele inclui o embrião argumentando que este emerge ao status de pessoa, não por reunir os atributos necessários, mas por ascrição. Contudo, no desenvolvimento de seu trabalho, cita Karl Popper e John Eccles¹⁰²; e, ao citar este último, diz que, ao nascer, a criança deixa o mundo do conjunto das coisas e dos materiais, ingressando no mundo das experiências, porém, suas experiências são rudimentares e o mundo da cultura, lhe é totalmente desconhecido. A conclusão de Eccles é que o bebê e o embrião devem ser considerados como seres humanos, mas não como pessoas humanas¹⁰³.

Lewandowski, em seu voto na ADI 3.510-0, após resgatar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alguns julgados, afirma que tudo indica que aquela Corte reconhecerá, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal¹⁰⁴, a prevalência dos tratados internacionais sobre as leis ordinárias. Em sendo assim, o Ministro afirma que do ponto de vista estritamente legal, não há como deixar de concluir que a vida começa na concepção, ou, em outras palavras, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo. Isto porque o artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em São José da Costa Rica,

¹⁰² Vencedor de um prêmio Nobel que definiu três estágios de desenvolvimento da vida: “Mundo I” é o conjunto das coisas e dos materiais; “Mundo II” é o mundo das experiências; e “Mundo III” é o mundo da cultura.

¹⁰³ LEPARGEGNEUR, Hubert. 1996, *Op. cit.*

¹⁰⁴ Artigo 5º, § 3º da CF – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

aos 22 de novembro de 1.969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, estabelece que “toda pessoa tem direito que se respeite sua vida. Este direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”. Porém, o próprio Ministro salienta, em sua manifestação, que à época em que foi firmado este pacto nem se cogitava a fecundação extracorpórea e prosseguindo em seu raciocínio, afirma que, em razão da utilização da expressão ‘em geral’, o Estado signatário pode, eventualmente, deixar de proteger a vida, desde a concepção em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Finalmente, o Ministro conclui que o conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos não é abalado pelo raciocínio do artigo 2º do Código Civil Brasileiro¹⁰⁵, que somente ampara o nascituro¹⁰⁶, condicionando, ainda, os efeitos desta proteção ao nascimento com vida.

Também, neste sentido, já se pronunciou Marco Aurélio Viana, ao dizer que a personalidade jurídica é um “atributo jurídico reconhecido aos seres humanos individualmente ou aos indivíduos em grupos, como entes morais, exprimindo a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações”¹⁰⁷, afirmando, em seguida, que o nascituro não é ser dotado de personalidade jurídica:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial [...] Se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não chega a se formar, nenhum

¹⁰⁵ Artigo 2º do Código Civil – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro

¹⁰⁶ ADI 3.510-0, Voto Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

¹⁰⁷ VIANA, Marco Aurélio S. **Da Pessoa Natural**. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 3

direito se transmite ao natimorto e sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência ao mundo jurídico, a não ser que tenha nascido¹⁰⁸.

Ainda com relação ao nascituro, para que não paire dúvidas, trabalharemos com a definição apresentada pelo ministro Carlos Ayres Britto em seu voto no julgamento da ADI 3.510-0, qual seja: “nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”¹⁰⁹.

Esta diferenciação torna-se imprescindível, diante das questões enfrentadas, visto que nascituro é diferente de embrião, e este, por sua vez, é diferente de pré-embrião. Esta diferença também foi apontada pela Ministra Ellen Gracie¹¹⁰, quando definiu pré-embrião¹¹¹ como sendo a “massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir” e embrião como “unidade biológica detentora de vida humana e individualizada”.

A questão, porém, não se resume a isso. Pois, Wilma da Costa Torres¹¹², na mesma linha do exposto por Lílian Piñero-Eça, em audiência pública¹¹³, afirma: “o ser humano é totalmente biológico e totalmente relacional”, e prossegue dizendo que, desde o útero materno, existem trocas entre o feto e a

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 11

¹⁰⁹ ADI 3.510-0, voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto.

¹¹⁰ ADI 3.510-0, voto da Ministra Ellen Gracie, à época presidente daquela Corte.

¹¹¹ Esse termo foi cunhado por Anne McLaren em 1986

¹¹² TORRES, Wilma da Costa. A Bioética e a Psicologia da Saúde: Reflexões Sobre Questões de Vida e Morte *In* **Psicologia: Reflexões e Críticas**. Porto Alegre. 2003. Vol. 3. No. 3. Disponível na internet em 10/07/2008: : http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010279722003000300006&script=sci_arttext&lng=pt

¹¹³ V. fls. 33

mãe e entre o feto e o pai. Asseverando ser o relacionamento a característica mais marcante da vida humana.

Para José Roberto Goldim¹¹⁴, “a vida humana não começa a cada reprodução, ela continua, pois o fenômeno vital se mantém, não é nem extinto nem restabelecido, prossegue”. Neste particular, a idéia apresentada pelo autor se coaduna com a idéia apresentada por Dalton Luiz de Paula Ramos, já citado¹¹⁵, que afirma ser a vida humana um “processo contínuo, coordenado e progressivo”. Da mesma forma, estas idéias são convergentes com a colocação feita por Débora Diniz, sobre o retrocesso infinito¹¹⁶. O curioso é que estes últimos representavam interesses opostos na ocasião da audiência pública.

Natália Oliva Teles¹¹⁷, ao citar Malherbe, defende que o embrião merece respeito absoluto, mesmo que não possa ser considerado como pessoa por lhe faltarem as condições contextuais necessárias para estabelecer uma relação com os seus semelhantes¹¹⁸. Explica, ainda, a autora que, biologicamente, pode-se dizer que é a partir da fertilização que se adquire a identidade genética, mas isto nada diz quanto aos conceitos filosóficos de um contínuo ontológico individual.

¹¹⁴ GOLDIM, José Roberto. Início da Vida de uma Pessoa Humana *In Bioética e Reprodução Humana*. Disponível na internet em 14/07/2008: : <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>

¹¹⁵ V. Fls. 33

¹¹⁶ V. fls. 32 e 38

¹¹⁷ TELES, Natália Oliva. O Estatuto do Embrião Humano: Algumas Considerações Bioéticas *In Nascer e Crescer Revista do Hospital de Crianças Maria Pia*, 2004. Vol. XIII, no. 1 p. 53-56

¹¹⁸ Também nesse sentido, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto na ADI 3.510-0, dizendo, ao se referir ao embrião, que “a potencialidade para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. *In* ADI 3.510-0, voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Da mesma forma o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, afirmando: “De fato, atualmente, prevalece na comunidade científica e no meio jurídico dos países desenvolvidos, como se verá a seguir, a idéia de que os embriões, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, e não importando onde tenham sido gerados, merecem ser tratados de forma digna”. *In* ADI 3.510-0, voto do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

3.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana foi eleita pela Constituição Federal de 88, juntamente com a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, como os fundamentos da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado democrático de Direito¹¹⁹.

O enunciado encontra-se mencionado, ainda, em diversos artigos de nossa Carta Magna, como por exemplo, no artigo 170, ao estabelecer a finalidade de “assegurar a todos existência digna”; no artigo 226, § 6º que diz fundar-se o planejamento familiar¹²⁰ “nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”; também o artigo seguinte, 227, *caput*, assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, entre outros.

Para José Afonso da Silva, institutos desta ordem de importância têm lugar em nossa Constituição, “não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”¹²¹.

Na ordem pré-constitucional, o direito civil ocupava-se essencialmente com as relações patrimoniais – do proprietário, do contratante, do marido, do testador. No sistema atual, ao revés, o constituinte, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da

¹¹⁹ Artigo 1º da Constituição Federal

¹²⁰ Assunto abordado no Capítulo 2 desse trabalho, às fls. 16

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 108

República, e subordinar as relações jurídicas patrimoniais à valores existenciais, consegue assim despatrimonializá-las: os institutos do direito civil têm como proteção condicionada ao atendimento de sua função social, cujo conteúdo é definido fora da órbita patrimonial. No que tange à filiação, o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial da família passa a ser informado pela prioridade absoluta à pessoa do filho. O critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica “The best interest of the child”, acolhido por nossa mais sensível jurisprudência, adquire, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana introduzida pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal¹²².

Como advertem Gomes Canotilho e Vital Moreira, a dignidade da pessoa humana não pode ser simplesmente reduzida à defesa de direitos pessoais tradicionais ou ser invocada para construção de uma teoria do núcleo da personalidade individual, ficando esquecida nos casos de direitos sociais e sendo ignorada quando se trate de garantir as bases da existência humana¹²³.

Entre nós, como já salientado, tido como cerne dos direitos fundamentais, um dos pilares da República, e, daí, nas palavras de Lewandowski, “cuidar-se de um valor que transcende a pessoa compreendida como ente

¹²² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 395

¹²³ CANOTILHO, J. J.; e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra Editora, 1984, p. 58 - 59

individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais”¹²⁴.

“Todo conceito possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender bem o seu sentido”¹²⁵. Ingo Wolfgang Sarlet, em trabalho específico sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, resgata a origem deste conceito e relata que, no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, a posição ocupada pelo indivíduo na sociedade e a forma como esta o reconhecia. Já no pensamento estóico, ela era inerente ao ser humano, o que o distinguia das demais criaturas, dotando todos os seres humanos com a mesma dignidade. Prossequindo na evolução do conceito, cita Immanuel Kant, para quem a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando a autonomia a dignidade do homem e sustentando que o ser humano não pode ser tratado, nem por ele próprio, como objeto¹²⁶. Ao final, conclui que a dignidade da pessoa humana é algo real, já que, facilmente, identificamos diversas situações em que ela é atingida¹²⁷. Asseverando ainda, na mesma linha que Canotilho¹²⁸, que ela implica, em última análise, por força de sua dimensão intersubjetiva, na existência de um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da

¹²⁴ ADI 3.510-0, Voto Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 29 - 30

¹²⁶ Essa frase de Immanuel Kant também foi citada por Herbert Praxedes na audiência pública convocada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na ADI 3.510-0. V. fls. 33

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. 2006. *Op. loc. cit.*

¹²⁸ V. fls. 45

comunidade de pessoas para com os demais e, mais do que isso, no dever de respeito das pessoas para consigo mesmas¹²⁹.

Para entender a essência do princípio da dignidade humana, precisamos estabelecer sua natureza jurídica. Humberto D'Ávila¹³⁰ distingue três modalidades de normas jurídicas: as regras, que correspondem a comandos determinantes de condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas; os princípios, responsáveis pelo estabelecimento de condutas necessárias à consecução de determinados fins; e os postulados, que se consubstanciam nas metanormas, ou seja, aquelas normas que estabelecem a maneira como outras normas devem ser aplicadas.

Partindo desta classificação, Enrique Ricardo Lewandowski defini a dignidade da pessoa humana como um postulado normativo, uma metanorma, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado não sob a ótica individual, mas, principalmente, do ponto de vista coletivo¹³¹.

Para muitos, conceituar dignidade da pessoa humana é uma tarefa árdua devido à polissemia do vocábulo. Comunga desta opinião J. J. Gomes

¹²⁹ *Idem Ibidem*, p. 114

¹³⁰ D'ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121 - 166

¹³¹ ADI 3.510-0, Voto Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

Canotilho¹³², para ele, a dificuldade está no fato de “o homem centralizar em si, a pessoa, o cidadão, o trabalhador e o administrado”.

Alexandre de Moraes¹³³, em busca de um conceito mais elaborado, diz:

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

Maria Garcia¹³⁴ afirma que dignidade da pessoa humana “corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”. Já para Miguel Reale¹³⁵, é de onde “emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia enquanto não se desligam da raiz de que promanam”.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 1998, p. 242 - 243

¹³³ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 128 - 129

¹³⁴ GARCIA, Maria. **Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana A Ética da Responsabilidade**. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 211

¹³⁵ REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**. São Paulo: Saraiva, 1.968, p. 251

De forma sucinta, José Afonso da Silva¹³⁶ refere-se à dignidade da pessoa humana como “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

O conceito de José Afonso da Silva, embora aberto, parece-nos o mais apropriado para o momento. Dele extraímos a idéia principal de dignidade da pessoa humana, a idéia de valor supremo, e, portanto, indissociável de qualquer um.

Da mesma forma, indissociáveis de qualquer um são os direitos da personalidade, que também estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e, assim como ela, estão em vasta expansão, não sendo constituídos por um núcleo taxativo de direitos positivados.

3.3 Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade compõem um conjunto de bens tão próprio do individuo que chegam a se confundir com ele próprio. Eles constituem a manifestação da personalidade do sujeito¹³⁷.

A Constituição Federal refere-se a eles em seu artigo 5º, momento em que trata dos direitos e deveres individuais e menciona o direito à intimidade, à imagem, à vida, à honra, entre outros direitos da personalidade¹³⁸. Valendo

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. 2003, *Op. cit.* p. 197 - 198

¹³⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – De Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24

¹³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2008, p. 61

sempre lembrar que, nos termos do § 2º daquele mesmo dispositivo constitucional, os direitos e garantias ali expressos não excluem outros existentes¹³⁹.

É o que também ensina Roxana Cardoso Brasileiro Borges, ao afirmar que estes direitos não são *numerus clausus*¹⁴⁰. Para a autora, à medida que a sociedade torna-se mais complexa, as violações se proliferam e novas situações demandam proteção jurídica. Nessa mesma linha, manifesta-se Francesco Galgano, citado pela autora, dizendo que o “catálogo dos direitos da personalidade está em contínua expansão, constituindo uma série aberta”¹⁴¹.

Neste sentido, Adriano De Cupis, ao tratar do direito à liberdade como direito da personalidade, diz que a enunciação de tais liberdades tem apenas um caráter demonstrativo e não taxativo, por não ser possível enumerar todas as formas de manifestação da liberdade¹⁴².

Bittar entende que a classificação dos direitos da personalidade deve seguir a natureza dos bens que a integram, distribuindo-os em: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais¹⁴³. O autor entende que os direitos da personalidade têm natureza de direitos ínsitos à pessoa em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Sendo esta a razão de apresentarem

¹³⁹ § 2º do artigo 5º da Constituição Federal *in verbis*: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁴⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Critério Jurídico de Paternidade na Reprodução Assistida *In* LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional – Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 326

¹⁴¹ *Idem Ibidem*

¹⁴² CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo. Quorum, 2008, p. 104

¹⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. 2008, *Op. cit.* p. 65

particularidades que lhes conferem posição de destaque no cenário do direito privado, como por exemplo, a intransferibilidade e a irrenunciabilidade. Características estas que funcionam, inclusive, como limite à ação do próprio titular destes direitos, que não poderá eliminá-los por ato de vontade, mas poderá, contudo, dispor deles em determinadas situações excepcionais, como ocorre, por exemplo, com direito à imagem. Este consentimento não descaracteriza a natureza dos direitos da personalidade, apenas representa uma faculdade do seu titular¹⁴⁴.

A intransferibilidade ou intransmissibilidade, como prefere Adriano de Cupis, reside na natureza do objeto que se identifica com os bens mais elevados da pessoa. É um nexó orgânico inseparável do titular. A vida, a honra, a liberdade, e outros bens de Tício não podem ser de Caio, “por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza da coisa”¹⁴⁵.

Cupis ainda classifica os Direitos da Personalidade como indisponíveis, com o que justifica a irrenunciabilidade, ao dizer: “a faculdade de renúncia está compreendida na faculdade de disposição, entendida no seu mais longo sentido; por isso, quando se diz, sem mais, que um direito é indisponível, quer significar que ele é também irrenunciável”¹⁴⁶.

Para Carlos Alberto Bittar, consideram-se da personalidade aqueles direitos reconhecidos à pessoa humana em si e em suas projeções na sociedade,

¹⁴⁴ *Idem Ibidem*, p. 5

¹⁴⁵ CUPIS, Adriano de. 2008, *Op. cit.* p, 54 – 55.

¹⁴⁶ *Idem Ibidem*, p. 59

previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos do homem, como por exemplo, a vida, a higidez física, a intelectualidade, entre tantos outros¹⁴⁷.

“Os direitos da personalidade são os considerados essenciais à pessoa humana, visando à proteção de sua dignidade”. Esta é a posição de Orlando Gomes¹⁴⁸, com quem concordamos. Esta posição justifica nossa preocupação em abordar ambos temas em um mesmo capítulo, mesmo que de forma superficial, e ainda que sabendo e reconhecendo a importância destes institutos.

Para Rubens Limongi França¹⁴⁹, os direitos da personalidade são um dos atributos da personalidade, juntamente com o estado, a capacidade e a sede jurídica. O autor entende atributo como toda característica suscetível de ser assumida e capaz de ocasionar uma repercussão jurídica.

Em síntese, nas palavras de Clóvis Beviláqua, os direitos da personalidade são “o conjunto de direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser”¹⁵⁰. Ou ainda, como ensina Pontes de Miranda, são “direitos *erga omnes*, que impõem a todos os outros indivíduos o dever de abster-se de qualquer interferência contra eles”. Este entende que os direitos da personalidade são efeitos de fatos jurídicos que surgiram no sistema

¹⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. 2008, *Op. cit.* p. 1

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 149

¹⁴⁹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil, v. 1, 4ª ed.** São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 145

¹⁵⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil, 6ª ed. Atualizada por Achilles Beviláqua**. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1953, p. 79

jurídico em razão de pressões políticas, não sendo, portanto, impostos nem pela ordem natural e nem pela ordem sobrenatural¹⁵¹.

O tema 'direitos da personalidade' será abordado novamente no capítulo seguinte, momento em que serão discutidas as relações oriundas dos procedimentos de reprodução assistida e os direitos e deveres que surgem destas relações.

¹⁵¹ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado Tomo II – Direito de Personalidade. Direito de família**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 7

4. DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ORIUNDAS DOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA – DIREITOS E DEVERES DOS ENVOLVIDOS

Esse capítulo tem por objetivo abordar, de forma crítica e sistematizada, aspectos do direito civil relacionados com a família e as novas formas científicas de reprodução, tendo, como suporte teórico, os direitos da personalidade, os direitos e garantias fundamentais, bem como a necessidade de paz social em uma sociedade que assiste a constantes alterações, consoante já restou demonstrado nos capítulos anteriores.

A sociedade brasileira contemporânea encontra-se diante de muitas transformações e, em razão disso, novos conflitos vêm à tona a cada momento. A legislação, para cumprir seu papel de organizar a vida social, deve conceber novo tratamento da hermenêutica, para evitar a obsolência e, conseqüentemente, conseguir dar conta de sua função essencial: a aplicação do direito ao caso concreto.

O desenvolvimento evolutivo da legislação, por meio da interpretação, e, por vezes, por meio da criação de novos estatutos positivados, é necessário uma vez que as demandas sociais se desenvolveram em ritmo tão veloz que as leis existentes nem sempre dão conta dos anseios da sociedade¹⁵².

¹⁵² Nesse sentido já nos manifestamos no capítulo 2, item 2.3., quando abordamos a legislação existente no país sobre o tema, bem como a problemática da falta de regulamentação sobre o assunto e a necessidade de adequação da questão.

Questões, antigamente tidas como ficção, assombram os tempos atuais e são corriqueiras nos diversos setores da sociedade. Tomemos, como exemplo, a inseminação artificial heteróloga, principal objeto de estudos deste trabalho e as relações que surgem dela, notadamente o questionamento acerca da existência ou inexistência de um direito à origem genética.

Por esta e por outras questões que serão abordadas adiante, é que pretendem-se elencar as relações de direito que podem advir dos procedimentos de reprodução assistida e os conflitos existentes entre os envolvidos nestes procedimentos, buscando respostas para algumas das muitas questões intrincadas que incrementam o tema, como por exemplo, se há ou não há direito a origem genética, quais direitos devem prevalecer nas relações oriundas de reprodução assistida e, principalmente, a responsabilidade do doador de material genético no caso específico da inseminação artificial heteróloga.

Esta discussão tem relevância social na medida em que pretende estudar, de forma crítica, o quanto estes procedimentos interferem na vida dos envolvidos, principalmente, na vida dos frutos concebidos a partir deles e que implicações jurídicas poderão surgir destas relações, buscando harmonizar o direito à reprodução assistida e os direitos do fruto concebido.

Como ensina Gustavo Tepedino¹⁵³, na ordem pré-constitucional, o direito civil ocupava-se, essencialmente, com as relações patrimoniais, já no sistema atual, o constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como

¹⁵³ V. fls. 44 e 45

fundamento da República, com isso, houve a despatrimonialização das relações, devendo este princípio informar, inclusive, o direito de família, buscando sempre o melhor direito para a criança.

Ao se falar em reprodução assistida, o foco é o direito daqueles que, por alguma razão da vida, não são capazes de deflagrar uma gestação pelos métodos convencionais, necessitando do auxílio da ciência para realização de um processo que, em regra, ocorre naturalmente, mas, nestes casos, isso não é possível.

Não se questiona aqui a possibilidade de a ciência reparar um mal da natureza e viabilizar o sonho de gerar uma vida. Neste sentido, coloca-se Pietro Perlingieri¹⁵⁴, ao dizer que “considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional, não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma”.

O que de fato se questiona é a impossibilidade de o fruto concebido por estes procedimentos conhecer sua identidade, sua origem genética, bem como os direitos garantidos a todos os cidadãos, inclusive a ele. Inegavelmente, esta situação tão peculiar de impossibilidade de acesso à sua identidade genética, fará deste ser uma pessoa incomum, mas que, no entanto, não deixará de ter direitos, da mesma forma que qualquer outro.

Esta é a principal razão para abordar o princípio da dignidade humana e os direitos da personalidade, pois, embora a pessoa gerada por procedimentos

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 175

medicamente assistidos apresente algumas peculiaridades, ela não deixa de ser detentora dos mesmos direitos que as demais.

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” é o início do artigo 5º, *caput*, de nossa Carta Magna. Portanto, dissociar estas pessoas, não deve significar diferenciá-las, ao revés, o que se pretende com este trabalho é investigar se os direitos da personalidade e o princípio da dignidade humana estão sendo afetados por estes procedimentos.

Na atualidade, não é legalmente regulamentado o que efetivamente é permitido ou proibido na realização destes procedimentos e, muito menos, são regulamentados os direitos pertinentes à pessoa gerada a partir da realização deles¹⁵⁵.

A sistematização do problema em uma única pergunta não pretende reduzi-lo, ao contrário, pretende focar, com objetividade, o aspecto essencial vislumbrado, contribuindo de alguma forma para o debate travado sobre o tema na atualidade, bem como encontrar bases sólidas que permitam o prosseguimento dos estudos.

4.1. Relação Jurídica Existente Entre Doadores de Material Genético e Bancos de Armazenamento

Como já restou demonstrado anteriormente, no segundo capítulo, momento em que o artigo 5º da lei 11.105/05 foi transcrito, bem como foram

¹⁵⁵ consoante demonstrado no item 2.3., do capítulo 2, desse trabalho.

trabalhados os preceitos trazidos pela Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, no Brasil não se permite a comercialização de material genético. Estes documentos, assim como a Lei 9.434/97¹⁵⁶, proíbem a comercialização de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Não obstante a existência da proibição legal, não se sabe ao certo se realmente prevalece a vedação, pois não são raras as situações em que se detecta a negociação de material genético, como ocorre, por exemplo, na doação compartilhada ou ovodoação. Em matéria veiculada no jornal 'O Estado de São Paulo' em outubro de 2006, divulgou-se a prática pela qual uma mulher jovem produtora de óvulos, mas sem recursos para financiar o tratamento de que precisa para engravidar, doa seus óvulos para outra mulher com recursos financeiros, porém, sem condições biológicas de produzir óvulos, recebendo em troca o tratamento¹⁵⁷.

Práticas como esta, são apenas um dos muitos subterfúgios utilizados para a comercialização de óvulos e espermatozoides. Neste caso, o que ocorre é uma permuta onde, em troca do material genético desejado, se oferece uma prestação de serviço pela qual se paga, havendo, portanto, uma transação financeira vedada pela lei.

¹⁵⁶ O art. 15 da lei 9.434, assim dispõe: "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação".

¹⁵⁷ IWASSO, Simone. Óvulo é Moeda em Clínica de Fertilização. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 1-10-2006 - A16-A17

Independentemente disto, via de regra, a relação jurídica existente entre o doador de material genético e os bancos de armazenamento tem natureza de contrato de doação¹⁵⁸. Nesta situação, há um negócio jurídico visto tratar-se de manifestação de vontade humana que visa produção de determinado efeito jurídico¹⁵⁹, qual seja, a doação de material genético.

Hipótese em que uma pessoa que deseja realizar a doação procura por estabelecimento autorizado e manifesta o desejo de realizá-la e, após submeter-se aos procedimentos necessários, sendo aprovada nos exames preventivos, efetiva a doação.

Note-se que devem estar presentes os pré-requisitos do contrato de doação, devendo os agentes serem capazes e o objeto lícito. Neste caso, depara-se com um contrato: 1. gratuito, uma vez que toda carga contratual ficará por conta de um dos contratantes, cabendo ao outro auferir os benefícios; 2. comutativo, pois ambos os contratantes conhecem, desde o início, suas respectivas prestações; 3. típico, pois está nominado pelo Código Civil, nos artigos 538 e seguintes; 4. não solene, uma vez que sua forma não está prescrita em lei; 5. principal, por não depender juridicamente de outro contrato; 6. instantâneo, já que as partes adquirem e cumprem suas obrigações no momento da doação¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Art. 538 do CC – “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

¹⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família, v. I**. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 381

¹⁶⁰ As classificações utilizadas foram aplicadas de acordo com as explicações de Silvio de Salvo Venosa. *Idem Ibidem*, p. 405-446

No que tange a classificação do contrato em uni, bi ou plurilateral, fez-se a opção por não utilizá-la, pois como se verá a seguir, no item 3.5., dependendo dos desdobramentos futuros, pode-se entender que esta classificação apresenta variações. Inicialmente, parece que o contrato é unilateral, pois, quando da sua formação, gera obrigações para apenas uma das partes. No entanto, dependendo do desenrolar dos acontecimentos, o contrato pode torna-se plurilateral, pois envolverá, além do doador e do banco de armazenamento donatário, terceiro interessado em se beneficiar dos procedimentos de fertilização assistida heteróloga, e ainda, em última análise, o fruto desse procedimento. Embora não pareça ser a interpretação mais técnica, esta posição ficará mais clara ao final do capítulo, momento em que serão apresentadas as relações jurídicas existentes entre o doador de material genético e as crianças nascidas por procedimentos de reprodução assistida heteróloga com todos os desdobramentos apresentados pelo artigo 1.597 do Código Civil.

4.1.1. Direitos e Deveres dos Doadores de Material Genético

Inicialmente, o doador deve efetuar a doação pretendida para que se concretize o contrato. Este seria o dever principal. À outra parte, em regra, não cabem obrigações, porém isso não impede acordo em sentido contrário.

Neste diapasão pode-se imaginar, à luz do recomendado pela Resolução normativa 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que o doador

teria direito ao sigilo de sua identidade. O projeto de lei 3.638/93¹⁶¹ estabelece que os envolvidos em procedimentos de reprodução artificial, doadores e receptores, não devem ter suas identidades reveladas. Nesta mesma linha, Déborah de Oliveira e Edson Borges Junior¹⁶².

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas, assegurando ainda, indenização pelo dano moral ou material decorrente dessa violação.

Para José Afonso da Silva, intimidade caracteriza-se como a “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁶³. Já para definir vida privada, o autor parte da constatação de que a vida do sujeito compreende dois aspectos, um exterior que envolve a pessoa nas relações sociais, que é o aspecto público e passível de investigação, e outro interior, que diz respeito à própria pessoa, seus familiares e amigos, que integra o conceito de vida privada, portanto inviolável¹⁶⁴.

Por sua vez, o direito à honra e à imagem, constituem, juntamente com outros tantos, direitos independentes da personalidade. Sendo a honra o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o bom nome, a reputação, devendo permanecer protegida e inviolada. Por fim, “a inviolabilidade da imagem

¹⁶¹ projeto de lei de autoria do Deputado Luiz Moreira que encontra-se arquivado consoante busca realizada no site do STF. V. fls 26

¹⁶² OLIVEIRA, Deborah Ciocci Álvares de, e BORGES JR. Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei**. São Paulo: Gaia, 2000, p. 35

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. 2003. *Op. Cit.* p. 206

¹⁶⁴ *Idem Ibidem*, p. 208

da pessoa consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente”

¹⁶⁵

Portanto, independentemente de todos os outros direitos reservados normalmente a qualquer sujeito, também estes podem ser protegidos. Porém, como veremos adiante, poderão surgir conflitos, que dependerão da análise do caso concreto para serem solucionados.

4.1.2. Direitos e Deveres dos Bancos de Armazenamento

Os direitos e deveres dos bancos de armazenamento são os mesmos direitos e deveres atinentes ao doador. Receberão o material genético e poderão utilizá-los da forma como julgarem melhor, sem, evidentemente, ferir as leis vigentes no país. Deverão, ainda, respeitar eventuais cláusulas existentes em instrumento público ou particular firmado com o doador, sob pena de revogação da doação nos termos dos artigos 555¹⁶⁶ e seguintes do Código Civil, sem prejuízo de perdas e danos nos termos do artigo 186 do mesmo diploma¹⁶⁷.

4.2. Relação Jurídica Existente Entre Pacientes dos Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga e Bancos de Armazenamento

A relação jurídica existente entre pacientes dos procedimentos e bancos de armazenamento tem natureza de contrato de prestação de serviço.

¹⁶⁵ *Idem Ibidem*

¹⁶⁶ Artigo 555 do CC: “A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo”.

¹⁶⁷ Artigo 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Neste caso, existe um contrato normal de prestação de serviço¹⁶⁸ como em qualquer outro procedimento ou tratamento médico, onde as partes obrigam-se mutuamente. Para essa situação, há um contrato bilateral, gratuito, comutativo, típico, não solene, principal e de duração, uma vez que a prestação ocorre de forma continuada.

4.2.1. Direitos e Deveres das Partes

Os direitos e deveres das partes contratantes também não apresentam variações das situações ordinárias. Uma das partes, contratante, se obriga a pagar um determinado valor pelo qual a outra parte, contratada, se obrigará a realizar como contraprestação o serviço contratado.

Evidentemente, também os ônus serão os normais, como por exemplo, o dever de adimplemento das prestações¹⁶⁹, aplicando-se também a esta situação o artigo 186 do Código Civil. Nesse sentido, afirma Venosa, que um cirurgião ao executar uma operação de seu mister poderá firmar contrato de prestação de serviço com o paciente ou com a entidade que represente, mas sua responsabilidade emanará não somente do contrato, como também dos deveres de conduta ínsitos a sua arte profissional, concluindo que

A transgressão de conduta médica que gerar o dever de indenizar será aferida nos termos do contrato ou, dependendo da situação de fato, nos deveres

¹⁶⁸ Conforme artigos 593 e seguintes do CC

¹⁶⁹ Art. 389 do CC: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

genéricos da conduta profissional atinente à ciência médica^{170 171}.

4.3. Relação Jurídica Existente Entre Pacientes dos Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga e Doadores de Material Genético

Nessa situação, especificamente, as relações encontradas apresentam variações, pois o artigo 1.597 do Código Civil¹⁷², que apenas constata a existência dos procedimentos de fertilização assistida sem autorizá-los e nem regulamentá-los¹⁷³, menciona a fecundação artificial heteróloga realizada com a prévia autorização do marido, situação em que, nos termos da lei, presume-se a concepção do filho na constância do casamento, o que define a paternidade.

O artigo 1.597, V combinado com o artigo 1.601¹⁷⁴ do Código Civil, resolvem a questão da paternidade nos casos em que a inseminação artificial heteróloga é realizada com a autorização do marido. Isto porque o primeiro dos dispositivos assevera que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido, e o segundo deles afirma que apenas o marido tem o

¹⁷⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. 2004, *Op. cit.* p. 489.

¹⁷¹ Sobre o tema v. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo. Saraiva, 2003, p. 359; DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil v. I**. Rio de Janeiro. Forense, 1995, p. 252.

¹⁷² Art. 1.597 do CC: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou 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”.

¹⁷³ V. item 2.3, do capítulo 2.

¹⁷⁴ Art. 1.601 do CC: “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Desta forma, o doador não poderá reclamar a paternidade da criança, da mesma forma que o marido não poderá contestá-la, pois autorizou o procedimento.

Porém, outras questões restam em aberto. A lei diz expressamente que se presume a paternidade daquele que consentiu o procedimento. Fazendo uma interpretação a *contrario sensu*, conclui-se que, havendo a fecundação heteróloga sem o consentimento do marido, este não será considerado o pai da criança gerada pelo procedimento, podendo vir a reconhecê-la posteriormente.

Ainda, prosseguindo na interpretação do dispositivo em análise, constata-se outra situação, pois o princípio da legalidade estampado no artigo 5º, II da Constituição Federal¹⁷⁵, diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ora, como a lei não proíbe, ela permite a realização de procedimentos artificiais nos casos de produção independente.

Destarte, tem-se nesta situação, pelo menos 3 (três) hipóteses: 1. os pacientes da reprodução assistida realizam o procedimento de comum acordo; 2. mulher casada ou em união estável, que se decide pela realização do procedimento de reprodução assistida sem o consentimento de seu cônjuge ou companheiro¹⁷⁶; 3. pessoa que se decide por uma produção independente.

¹⁷⁵ Art. 5º, II da CF: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

¹⁷⁶ embora o artigo 1.597, V, do CC mencione apenas a palavra ‘marido’, pode-se entender que essa presunção também se estende ao convivente por equiparação constitucional.

Notem que na primeira hipótese utilizou-se a expressão 'pacientes' porque nela, o casal, reconhecendo a impossibilidade de procriar assume, conjuntamente, a responsabilidade pela realização do procedimento e todos os seus encargos. Por outro lado, na segunda hipótese, foi utilizada a expressão 'mulher casada ou em união estável', uma vez que ela toma a decisão sem a autorização do cônjuge ou companheiro. Da mesma forma, ocorre nos casos de produção independente.

No primeiro caso, daqueles casais que conjuntamente decidem-se pelo procedimento, a rigor, não há relação jurídica existente entre eles e o doador de material genético. Como explicado anteriormente, o artigo 1.597, V combinado com o artigo 1601¹⁷⁷ do Código Civil, resolvem a questão da paternidade nos casos de inseminação artificial heteróloga realizada com a autorização do marido. Uma vez que o artigo 1.597, V assevera que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, se houver prévia autorização do marido, enquanto pelo disposto no artigo 1.601 apenas o marido tem o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Dessa forma, o doador não poderá reclamar a paternidade da criança, da mesma forma que o marido não poderá contestá-la, pois autorizou o procedimento.

Por esta razão entende-se acertada a posição da doutrina, que, em geral, repudia a retratação da autorização para a inseminação artificial

¹⁷⁷ Art. 1.601 do CC: "cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível".

heteróloga¹⁷⁸. Aceitar a retratação significaria admitir situações esdrúxulas como a relatada por Suzana Stoffel Martins Albano, em que o casal Buzzanca concordou com os procedimentos de reprodução assistida heteróloga, utilizando inclusive de mãe em substituição. Após a realização dos procedimentos o casal se separou. Quando do nascimento de Jaycees, John Buzzanca negou sua paternidade, a mulher que deu à luz declarou não ser mãe da menina, por sua vez, Luanne Buzzanca alegou que ela e John eram os pais. De forma surpreendente, a Corte decidiu que Jaycees havia nascido sem pais, porque nem a mulher que havia dado à luz, nem Luanne e nem John eram biológica ou geneticamente relacionados a ela. Portanto, a criança havia nascido órfã. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Apelação da Califórnia, sob o argumento de que Jaycees nunca teria nascido se não fosse o acordo de Luanne e John. Neste sentido, conclui Albano dizendo: “seria imoral permitir que uma criança nascesse órfã somente porque aqueles que tencionaram concebê-la decidiram mudar de idéia”¹⁷⁹.

Porém, quanto a este aspecto, uma observação é imprescindível: a retratação é inadmissível somente após a realização do procedimento, pois isso seria absolutamente imoral e odioso. Seria inconcebível que, após autorizar a fertilização, o marido, arrependido, desistisse do projeto parental deixando a criança nascer ao léu. Já por outro lado, caso a retratação ocorra antes da realização do procedimento, não haveria problemas em relação aos interesses do nascituro.

¹⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. 2004, *Op. cit.*

¹⁷⁹ ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os Direitos dos Embriões Congelados e Daqueles que os Geram *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 34* p. 89

Sendo assim, o casal que procurou pela intervenção assume as conseqüências, absorvendo todo o ônus que possa advir do procedimento.

Na segunda hipótese, porém, ocasião em que a mulher casada ou em união estável decide lançar mão da fecundação assistida utilizando material genético de um terceiro estranho à relação, por sua única e exclusiva vontade, sem a manifestação favorável de seu marido ou convivente, a situação já é diferente.

Aqui, o doador de material genético e a mulher que busca auxílio científico podem ser compelidos a dividir as responsabilidades advindas da realização dos procedimentos, tendo em vista que a opção livre, consciente e voluntária feita por eles de integrar esta relação, pode esbarrar em direitos de terceiros como se apresentará no item 4.5.

Da mesma forma, ocorre com a terceira hipótese, onde se busca uma produção independente.

4.3.1. Direitos dos Pacientes

O principal direito resguardado aos pacientes dos procedimentos é a própria dignidade da pessoa humana, o que garante o acesso aos meios científicos disponíveis para solucionar os problemas que ferem sua integridade física, psíquica e moral.

O direito à saúde e à integridade física são cogentes à pessoa humana, à sua personalidade e garantidos constitucionalmente.

4.4. Relação Jurídica Existente Entre Pacientes de Reprodução Assistida Heteróloga e o Fruto Concebido por tais Procedimentos

A relação jurídica existente entre os pacientes e o fruto concebido por tais procedimentos é uma relação normal de paternidade e filiação conforme disciplinado pelo Código Civil. Por determinação legal¹⁸⁰ e, como já mencionado no momento em que foi tratada a retratação da autorização para os procedimentos de fertilização heteróloga¹⁸¹, não há que se falar em negação da paternidade¹⁸².

4.5. Relação Jurídica Existente Entre Doadores de Material Genético e o Fruto Concebido por Procedimentos de Reprodução Assistida Heteróloga

Também aqui, a exemplo da relação jurídica existente entre pacientes dos procedimentos de reprodução assistida heteróloga e doadores de material genético, apresenta-se a mesma dicotomia.

Da mesma forma como lá exposto, encontram-se aqui as três situações, sendo que na primeira delas a própria lei resolve o impasse, como apresentado no item anterior, limitando a relação jurídica daqueles concebidos nestas condições aos pacientes dos procedimentos.

Porém, nas outras duas situações, parece haver alguma relação jurídica entre o nascido por intermédio de fertilização artificial heteróloga e o doador de

¹⁸⁰ Artigo 1.597 do CC

¹⁸¹ V. item 4.3.

¹⁸² Sobre o tema v. LIMA, Taisa Maria de. Filiação e Biodireito: Uma Análise das Presunções em Matéria de Filiação em Face da Evolução das Ciências Biogenéticas *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 13 – Abr-Mai-Jun/2002*, p. 142-161

material genético. São nestas duas situações, ou seja, na inseminação heteróloga sem o consentimento do marido ou do companheiro e na produção independente, que surgem as relações contratuais plurilaterais, pois a doação realizada a um banco de armazenamento é o que possibilita o contrato de prestação de serviço entre o esse último e os pacientes dos procedimentos, que nestes casos exercem uma influência direta nos interesses do nascituro.

Como se sabe, nenhum negócio jurídico pode prejudicar interesse de terceiros e, nesse caso, em função da liberalidade e do altruísmo de uma pessoa que imbuída de boa vontade efetua a doação de material genético a um banco de armazenamento, bem como da vontade unilateral de outra pessoa que, na ânsia de satisfazer seu desejo pessoal ou de realizar seu sonho de dar à luz, procura os serviços de reprodução assistida, um terceiro, completamente alheio a todas estas relações e ímpetos, virá ao mundo sem ter direito à identidade, à origem genética, ao nome, à paternidade, enfim, sem ter direito a uma família convencional.

Fica difícil compreender, como uma pessoa que, por livre e espontânea vontade, declaradamente, se dirige a um estabelecimento qualquer para a finalidade exclusiva de doar material genético com o único propósito de possibilitar uma gestação, pode eximir-se completamente das relações jurídicas e responsabilidades derivadas deste ato, enquanto outra pessoa em uma relação eventual, por obra do acaso, sem um mínimo de transferência afetiva entre os participantes, após manter relação sexual com alguém sem as devidas precauções anticoncepcionais, porém, da mesma forma, sem qualquer intenção de projeto parental, é obrigada a assumir seus atos e arcar com os ônus e com as

graças da paternidade, sob a alegação de ter assumido esse risco ao se lançar naquela relação casual.

Não parece adequado o tratamento diferenciado nas situações narradas, pois todos devem responder por seus atos, principalmente se esses atos atingirem direitos de terceiros, como é o caso. Ainda menos sentido se vê ao isentar uma pessoa da responsabilidade por um ato intencional ao passo que se responsabiliza outra que, embora tenha assumido uma conduta que, sabidamente, poderia trazer conseqüências, porém, em momento algum, pretendeu assumi-las ou acreditou que elas realmente viessem a ocorrer.

Como ensina Luiz Roldão de Freitas Gomes, todos gozam de seu livre-arbítrio (de sua consciência) e são senhores de seus destinos, têm tantos direitos quantos deveres, pois não vivem isoladamente. Cada ato praticado projeta uma dimensão de universalidade humana e é assumindo sua liberdade e responsabilidade que se constrói uma personalidade. Todo membro da sociedade admite agir livremente, em consciência, mas aceita responder pelas conseqüências de seus atos. Liberdade e responsabilidade são conceitos complementares e indissociáveis, da mesma forma que consciência e responsabilidade¹⁸³.

José de Aguiar Dias ensina que, para o direito civil, o dolo, situação em que se identifica uma vontade direta do agente, configura a culpa em sentido

¹⁸³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, p. 57

amplo, enquanto a simples negligência, imprudência ou imperícia configuram a culpa em sentido estrito. O autor define culpa como a violação do direito alheio¹⁸⁴.

Por sua vez, Roldão classifica o dolo em três categorias: direto, indireto e eventual. Entendendo o primeiro como o caso em que prevendo um resultado a pessoa prossegue em sua conduta com a intenção de alcançar o efeito previsto. O dolo indireto compreende as situações em que uma pessoa sem a intenção de produzir certo resultado, mas sabendo que este é uma consequência necessária do efeito que pretende produzir, aceita-o conscientemente. Por fim, o dolo eventual caracteriza-se sempre que uma pessoa prevendo um resultado como efeito de sua conduta, assume o risco e prossegue nela. Já a culpa, Roldão classifica em consciente para os momentos em que o sujeito prevendo um resultado como possível realiza a conduta confiando que ele não ocorrerá e inconsciente para aqueles momentos em que o sujeito sequer cogitou o resultado ocorrido¹⁸⁵.

Sendo assim, percebe-se claramente que a ação do doador de material genético em relação ao resultado final do processo é uma ação praticada com a intenção efetiva de gerar uma criança, portanto realiza a conduta com dolo direto. Por outro lado, o indivíduo que se envolve em uma relação casual realiza sua conduta de forma imprudente, sem pensar nas consequências, ou antevendo o possível resultado, mas confiando que ele não ocorrerá, ou ainda, na pior das hipóteses, antevendo o resultado e assumindo o risco de produzi-lo. Nestas

¹⁸⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil v. I**. Rio de Janeiro. Forense, 1995, p.

¹⁸⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. 2000, *Op. cit.* p. 60-61

condições seria possível classificar sua conduta, respectivamente como culpa inconsciente, consciente ou de dolo eventual, ou seja, em nenhuma das hipóteses há a intenção certa e direta de deflagrar uma gestação. Razão pela qual não se visualiza a possibilidade de tratar de forma diferenciada estas situações, principalmente, quando se sabe que “os deveres extracontratuais não editados pelos textos derivam da norma fundamental de civilidade”¹⁸⁶.

4.6. DO CONFLITO DE DIREITOS

Os ordenamentos jurídicos modernos têm sofrido, constantemente, a pressão das idéias sociais relativas à essencialidade dos direitos, tanto é assim que se fala na existência de uma opinião comum a respeito, que expressa este anseio iminente em qualquer ordenamento jurídico¹⁸⁷.

Como se percebe, os procedimentos de fertilização artificial heteróloga, embora legítimos, colocam em choque direitos essenciais. Direitos, que analisados separadamente, apresentam o mesmo grau de importância e, para definir qual deles deve prevalecer e qual deve sucumbir, precisa-se analisar o caso concreto em que se confrontam. Somente então, conseguir-se-á aferir se realmente há a sobreposição de uns sobre os outros, pois, no dizer de Adriano de Cupis, estes direitos podem ser lesados por quem os encontre em conflito com a posição do titular¹⁸⁸.

¹⁸⁶ *Idem ibidem*, p. 59

¹⁸⁷ CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* p. 27

¹⁸⁸ *Idem ibidem* p. 37

No ambiente familiar, mais do que em qualquer outro, os direitos da personalidade precisam ser reconhecidos e valorizados. A pessoa humana jamais terá reconhecida sua dignidade pessoal, social e profissional se não for valorizada e reconhecida em seu ambiente familiar, seja na relação conjugal, parental e, principalmente, filial¹⁸⁹.

Judith Martins Costa explica que, no campo da responsabilidade, interesses como a vida privada, a intimidade ou o direito de estar só consigo mesmo, a dor e os afetos, as experiências de vida e os projetos existenciais, a imagem social e auto-estima, a estética, a honra e o nome, são interesses constitucionalmente garantidos que integram e concretizam a dignidade humana¹⁹⁰.

Desta forma, difícil é a missão daquele que procura solucionar a incompatibilidade entre tais direitos. Pois é difícil a decisão que nega o direito de resguardo ao doador de material genético, porém, de outro lado, não se pode tolher os direitos inerentes à personalidade daqueles concebidos pela reprodução assistida heteróloga. Há ainda, sob outro aspecto, o direito daqueles que necessitam de tratamento médico e, da mesma forma, não podem ser privados de tal opção, pois a saúde é garantida constitucionalmente.

¹⁸⁹ OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da Personalidade e a Responsabilidade Civil na Jurisprudência do Direito de Família *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 13 – Abr-Mai-Jun/2002*, p. 54

¹⁹⁰ COSTA, Judith Martins. Os danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da Sua Reparação *In Revista dos Tribunais nº 789, jul/2001*. São Paulo, p. 27

O resguardo consiste na exclusão do conhecimento dos outros, daquilo que se refere somente à pessoa¹⁹¹. Sendo nele compreendidos a intimidade e o sigilo.

Difícil conceber que uma pessoa que tem direito à liberdade, portanto, pode locomover-se, comprar, vender, doar, divulgar ou não suas ações, e assim por diante, segundo sua vontade, sofra limitações a esse direito. Principalmente se compreendemos que o objeto de seu direito de liberdade não se concretiza com os bens da locomoção, da aquisição, da alienação, da doação, da divulgação ou do resguardo, mas sim pela indiscriminada ausência de obstáculos ao exercício de sua atividade livre, apta a satisfazer a necessidade de fazer o que melhor lhe parecer e lhe agradar¹⁹².

Sendo assim, a privação do resguardo daquele que realiza a doação de material genético fere seus direitos da personalidade, pois ele realiza doação de algo próprio, visto que a separação de uma parte integrante do corpo é uma das formas de aquisição imediata e originária do direito de propriedade independente de qualquer ato de ocupação¹⁹³.

“A autonomia do sujeito na esfera negocial – autonomia pela qual ele pode, a seu arbítrio, estipular ou não negócios jurídicos de diferentes conteúdos – deve, obviamente, considerar-se como uma expressão de liberdade”¹⁹⁴. Por outro

¹⁹¹ CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* p. 139

¹⁹² *Idem ibidem* p. 104

¹⁹³ *Idem ibidem* p. 96

¹⁹⁴ *Idem ibidem* p. 111

lado, faz parte da atividade normal do homem a prática de atos e a assunção de deveres, em virtude dos quais a sua liberdade sofre restrições¹⁹⁵.

Paralelamente aos direitos do doador de material genético, existem os direitos dos pacientes dos procedimentos de reprodução assistida heteróloga. Estes, da mesma forma que aqueles, também têm a liberdade de buscar o auxílio dos procedimentos para resguardar sua integridade física e psíquica.

Como já mencionado anteriormente, a esterilidade e a infertilidade são entendidas como doenças¹⁹⁶, portanto dignas de tratamento uma vez que o artigo 196 da Constituição Federal assevera que a saúde é direito de todos.

Aqui, vale mais uma vez lembrar a dicotomia apresentada anteriormente em relação aos procedimentos de inseminação artificial heteróloga, pois o direito à saúde e a integridade física (nela compreendida também a integridade psíquica) e, portanto à liberdade de buscar auxílio nos referidos procedimentos, embora iguais para todos, traz conseqüências diferentes dependendo da situação, como demonstrado adiante.

Ainda, sob outro prisma, existem os direitos das pessoas concebidas por tais procedimentos, como por exemplo, o direito à identidade, ao nome, aos alimentos, à honra, à informação, que também se chocam diretamente com os direitos do doador e dos pacientes da inseminação artificial heteróloga.

¹⁹⁵ *Idem ibidem* p. 116

¹⁹⁶ V. fls. 4

Honra é tanto o valor moral íntimo do homem (honra subjetiva), como a estima que os outros têm por ele, a consideração social (honra objetiva), é o bom nome ou a boa fama, o sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal¹⁹⁷.

Tal direito é um direito inato da personalidade, pelo simples fato do nascimento, toda a criatura humana tem em si mesma o bem da própria honra: a dignidade pessoal é inerente ao indivíduo humano como tal, e a este bem corresponde um direito, o qual não requer outra condição para a própria existência, além do pressuposto da personalidade, e é, por isso, inato¹⁹⁸.

Ainda, como unidade da vida social e jurídica, o indivíduo tem necessidade de afirmar a sua própria individualidade, distinguindo-se dos demais, e ser conhecido por si. Esta necessidade é satisfeita pelo bem da identidade, consistente em distingui-lo das outras pessoas nas relações sociais. O homem atribui grande valor, não somente ao afirmar-se como pessoa, mas como uma pessoa determinada, evitando a confusão com os outros¹⁹⁹. Da mesma forma e tão importante quanto, é a identidade genética do indivíduo, que está intimamente ligado ao direito de saúde e a solução de problemas genéticos.

Entre os meios através dos quais se pode individualizar a identidade, ocupa um lugar proeminente o nome, “sinal verbal que identifica imediatamente, e

¹⁹⁷ CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* p. 121

¹⁹⁸ *Idem ibidem* p. 125

¹⁹⁹ *Idem ibidem* p. 179

com clareza, a pessoa a quem se refere”. Pelo nome, o indivíduo é designado e a sua identificação é possível mesmo na sua ausência²⁰⁰.

Nos termos do artigo 16 do Código Civil, inserido no capítulo denominado ‘Dos Direitos da Personalidade’, o nome é formado pelo prenome e pelo sobrenome. O dispositivo assegura, ainda, ser ele um direito de todos²⁰¹.

Sendo assim, não restam dúvidas de que o direito ao nome é um direito da personalidade, seja relativamente ao nome próprio ou ao sobrenome. Não há como ser diferente, pois ambos contribuem para a formação do nome individual e servem, portanto, para a designação pessoal. Mesmo o sobrenome sendo um único para os vários componentes da família, cada um destes tem direito autônomo a ele²⁰². Enquanto o prenome adquire-se por um ato de determinadas pessoas ou da autoridade pública, visto que sua formalização registral depende de atos de terceiro, o sobrenome, ao contrário, adquire-se, na maioria das vezes – isto é, sempre que exista relação de filiação – *ipso jure*, no momento do nascimento^{203 204}. Não se trata de uma sucessão, pela qual o filho adquire o sobrenome ainda utilizado pelo pai e nem tão-pouco de sucessão hereditária. A

²⁰⁰ CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* p 179

²⁰¹ Art. 16 do CC: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

²⁰² CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* p 190

²⁰³ *Idem ibidem* p. 199

²⁰⁴ Mesmo se não houver relação de filiação reconhecida desde o momento do nascimento, adquire-se o sobrenome *ipso jure* quando do reconhecimento desta ou da sentença judicial que a declare, para efeito de registro civil das pessoas naturais, nos termos do artigo 29 da Lei de registros públicos (Lei nº 6.015/73).

aquisição tem por base a relação de filiação. O sobrenome não se transmite do pai para o filho, estende-se daquele para este²⁰⁵.

Tratando-se de uma transmissão imposta pela vontade da lei, sendo, na maioria das vezes desnecessária manifestação dos particulares, diferentemente do ocorrido com o prenome. Esta aquisição não pode ser eliminada pela referida vontade privada – é uma aquisição necessária²⁰⁶.

A natureza de todos os direitos da personalidade restringe fortemente a possibilidade da sua disposição, como já visto²⁰⁷. A esta regra não se subtrai o direito ao nome, pelo contrário, a regra “é reforçada dado o relevo assumido pelo interesse público”²⁰⁸.

O direito ao nome compreende o poder de gozo sobre ele, isto é, o poder de usar o nome a fim de gozar da identidade pessoal. Portanto, o titular do direito ao nome tem direito a usá-lo em todos os momentos da sua vida. Desta forma, não podem terceiros impedir o exercício do uso e nem contestá-lo²⁰⁹.

Outro ponto de conflito de direitos é o direito de informação daquele concebido por inseminação heteróloga. Este direito choca-se diretamente com o direito de resguardo, de intimidade e de sigilo, que poderiam, em tese, ser exigidos pelos envolvidos nos procedimentos.

²⁰⁵ CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* 201

²⁰⁶ *Idem Op. loc. cit*

²⁰⁷ V. fls. 51

²⁰⁸ CUPIS, Adriano de. 2008 *Op. cit.* p 224

²⁰⁹ *Idem ibidem* p. 194 - 195

Ainda, como expressão dos direitos da personalidade das pessoas concebidas por inseminação artificial heteróloga, resta, o direito aos alimentos, que é, em última análise, uma forma de tutela civil do direito à vida²¹⁰.

É fato que existem conflitos entre os direitos dos envolvidos, porém, sem contestar a importância do tema em pauta, atesta-se que não faz parte da proposta resolver esse problema, mas apenas demonstrá-los. Além disso, estes conflitos não interferem na pesquisa ora realizada, senão vejamos!

Como já colocado, os procedimentos de reprodução assistida, podem originar três situações e apenas na primeira delas, ocasião em que os pacientes realizam o procedimento em comum acordo, portanto havendo o consentimento para a realização da inseminação heteróloga, é que surgem estes problemas. Isso, porque, nos termos do artigo 1.597, V, do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que com prévia autorização do marido.

Em outras palavras, nessa situação, presume-se que os pais da criança são os cônjuges²¹¹, uma vez que houve o consentimento, prevalecendo aqui a paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica, conforme melhor doutrina²¹². Sendo assim, é aqui que pode surgir o conflito entre o

²¹⁰ *Idem ibidem* p. 75

²¹¹ embora não esteja expresso no texto legal, pode-se entender que essa presunção também se estende aos conviventes por equiparação constitucional.

²¹² Sobre o tema recomenda-se a leitura de: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 415; LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 316; ALDROVANDI, Andréia; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 34*, p. 5

resguardo do doador e o direito de informação de quem foi concebido por procedimentos medicamente assistidos, entre as liberdades de pacientes e doadores, entre o direito à origem genética, entre outros. Uma vez que, se não houver o consentimento do cônjuge (ou companheiro) ou se for o caso de produção independente, entende-se que o doador deve responder pela paternidade da criança e, desta forma, desaparecem os conflitos.

5. CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Como demonstrado no capítulo anterior, defende-se a idéia de que o doador de material genético para a realização de procedimentos de reprodução assistida heteróloga responderá pelos atos praticados em duas das três hipóteses levantadas.

De acordo com a explanação, o doador ficará isento de qualquer responsabilidade no caso em que um casal decide por convicção mutua procurar por esses procedimentos. Nesta hipótese, a lei define que o casal responderá pela criança gerada e o projeto parental é que determinará a filiação desta, contando sempre com o respaldo do artigo 1.597, V e 1.601 do Código Civil. Esta é a única situação em que se vislumbra a possibilidade de conciliar os dispositivos legais existentes e a Resolução Normativa 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, cabendo ao Estado-Juiz decidir caso a caso sobre o conflito existente entre os direitos da personalidade dos envolvidos – doador; paciente, criança gerada por inseminação artificial heteróloga.

Nas outras duas hipóteses, situações em que a mulher realiza os procedimentos sem a concordância do cônjuge ou do companheiro, ou busca uma produção independente, entende-se impossível a harmonização dos direitos dos envolvidos, sendo a responsabilização do doador a única forma de se respeitar os direitos desses.

José de Aguiar Dias afirma que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade” ²¹³. Para o autor, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, mas não só, exprime também a idéia de equivalência, de contraprestação, de correspondência. Por esta interpretação é possível fixar uma noção de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional da atividade do homem, e como a atividade humana é infinita é lógico concluir que a responsabilidade também apresentará inúmeras espécies, dependendo do campo em que ela se apresente. Por esta mesma razão é que se diz que “a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social” ²¹⁴. “Todavia, uma visão de conjunto reduz a dois esses aspectos: o jurídico e o moral” ²¹⁵, o que não significa que a inclusão da violação ocorrida em um desses títulos a exclua do outro, pois o fato que concretiza a violação pode ter caráter múltiplo, como por exemplo, proibição moral, religiosa, de costumes, legal²¹⁶.

A responsabilidade não é um instituto independente de qualquer premissa, ela é termo complementar de uma noção prévia, qual seja a noção de dever, de obrigação. Ela “é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”. Dessa forma se a atuação do agente ocorre da forma prevista pelos regramentos, ele continua responsável pelos seus atos, mas a verificação do fato praticado não lhe

²¹³ DIAS, José de Aguiar. 1.995, *Op. cit.* p, 1

²¹⁴ *Idem ibidem*, p. 2

²¹⁵ *Idem ibidem*, p. 3

²¹⁶ *Idem ibidem*, p. 4

acarretará nenhum dever de obrigação, justamente porque ele cumpriu com os preceitos estabelecidos²¹⁷.

“O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente”²¹⁸.

Responsabilidade é:

A situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha providências que podem, ou não, estar previstas²¹⁹.

Sendo assim, para detectar a responsabilidade do doador de material genético no caso de fertilização assistida heteróloga, perguntar-se-lhe: “por que faltaste com o teu dever, praticando (ou omitindo) tal ato?” caso a resposta seja satisfatória o agente fica desobrigado²²⁰.

Na hipótese do casal que, conjuntamente, procura pelo procedimento de reprodução assistida a resposta do doador é satisfatória, pois a obrigação de assumir a paternidade da criança oriunda da intervenção médica, nesse caso, lhe é vedada uma vez que pelo artigo 1.597, V do Código Civil há a presunção da

²¹⁷ *Idem ibidem*, p. 2

²¹⁸ *Idem ibidem*, p. 3

²¹⁹ *Idem ibidem*

²²⁰ *Idem ibidem*

paternidade e pelo texto do artigo 1.601 do mesmo diploma, apenas o marido tem legitimidade para atacar essa presunção. Assim, o doador fica desobrigado.

Já nas outras duas hipóteses, ele não satisfaz na resposta, razão pela qual responderá pelo dever de obrigação de assumir a paternidade da criança nascida por fertilização heteróloga. Importante consignar, porém, que a responsabilidade imputada ao doador não é derivada de ato ilícito, mas sim por um ato do agente a partir do qual surge uma obrigação.

Como se verifica da leitura do artigo 186, o Código Civil brasileiro filia-se à teoria da culpa, erigindo o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação, abraçando, em princípio, o sistema da responsabilidade subjetiva²²¹. Diz-se subjetiva a responsabilidade, quando se tem como base a culpa²²² civil, que contempla em seu sentido amplo o dolo e, em sentido estrito a culpa derivada da imprudência, da negligência ou da imperícia²²³.

A responsabilidade subjetiva existe como regra em nosso ordenamento, porém a responsabilidade objetiva também foi adotada como podemos perceber na leitura de alguns dispositivos de nosso diploma civil. Poderiam ser lembrados alguns artigos, como por exemplo, o artigo 927, § único, que trata da reparação independentemente de culpa em casos especificados por lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem; os artigos 929 e 930 que prevêm a responsabilidade por ato

²²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. 2003, *Op. cit.* p. 23

²²² *Idem ibidem*, p. 21

²²³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. 2000, *Op. cit.* p. 57

lícito; 933 pelo qual, os pais, tutores, curadores, empregadores donos de hotéis e de escolas respondem, independentemente de culpa, pelos atos danosos de terceiros; o artigo 936 que prevê a responsabilidade do dono do animal; o artigo 937 que cita o dono do prédio em ruína; o artigo 938 que trata do habitante da casa da qual caíam coisas.

“Isto significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus limites”. O fundamento na idéia de culpa deve ser a regra geral da responsabilização, mas, sendo esta insuficiente para atender às necessidades sociais, o legislador deve fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção²²⁴.

Para o caso em questão, estamos diante de responsabilidade subjetiva, haja vista que a doação de material genético é realizada propositalmente, ou seja, existe a intenção do doador em fazê-la, portanto presente a noção de culpa civil. Ainda, esta ação é *conditio sine qua non* para o evento do nascimento, logo, por conclusão lógica, encontra-se presente o nexo de causalidade entre a causa e o efeito, sendo aquela a doação e este o nascimento. Lembrando aqui os dizeres de José de Aguiar Dias: “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”²²⁵

Estão presentes, portanto, os três elementos da responsabilidade subjetiva: 1. elemento formal – traduzido pela violação de um dever jurídico de assumir a paternidade da criança, mediante conduta voluntária, uma vez que

²²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. 2003, *Op. cit.* p. 24

²²⁵ DIAS, José de Aguiar. 1.995, *Op. cit.* p, 1

voluntariamente, realizou a doação com conhecimento de sua finalidade; 2. um elemento subjetivo – neste caso representado pelo dolo, ou intenção em realizar a doação; e 3. um elemento causal-material – que resultará na obrigação de assumir a paternidade da criança gerada a partir de procedimentos de reprodução assistida heteróloga²²⁶.

Além de subjetiva, a responsabilidade do doador de material genético é extracontratual. A responsabilidade pode tanto decorrer de um dever legal como do descumprimento de um dever assumido em um contrato²²⁷, sendo que neste último caso será denominada de contratual.

Como observado no capítulo anterior, embora a relação existente entre o doador de material genético e a criança surja devido à formalização de um contrato não existe entre eles nenhuma relação contratual. Senão vejamos: o doador e o banco de armazenamento celebram um contrato de doação²²⁸. Esta relação jurídica possibilita a celebração de um novo contrato de prestação de serviços, porém, desta feita, a contratação é celebrada entre banco de armazenamento e paciente dos procedimentos de fertilização assistida heteróloga, o que, em nosso entendimento, caracteriza um contrato plurilateral, uma vez que há interligação entre as relações jurídicas, com maior ou menor intensidade dependendo dos desdobramentos futuros dos procedimentos²²⁹.

²²⁶ FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade civil**. São Paulo. Malheiros Editores, 1.996, p. 27

²²⁷ *Idem ibidem*, p. 177

²²⁸ V. fls. 59

²²⁹ V. item 4.1.

Porém, as relações contratuais se limitam às partes contratantes, ou seja, doador, banco de armazenamento e pacientes. A criança fruto destas relações em nada participa destes negócios jurídicos, mesmo porque, no momento em que são celebrados, ela ainda nem existe, nem mesmo em condições embrionárias, pois os casos abordados neste estudo dependem da conjugação do material genético do doador e do paciente. Logo seria absurdo imaginar qualquer tipo de relação contratual ente o doador e a pessoa concebida por tais procedimentos. A relação existente entre eles é de filiação, posterior a este momento e extracontratual, pois deriva de um dever legal, portanto obrigacional.

Pode-se ainda, segundo a doutrina, classificar a responsabilidade como sendo por fato próprio, pelo fato da coisa, por fato de animais, por fato de outrem²³⁰. Como visto a violação de um direito pressupõe um ato voluntário, sendo essencial que a ação ou a omissão seja controlada ou dominável pela vontade do homem²³¹, principalmente por se tratar de responsabilidade subjetiva, modalidade em que se pressupõe a culpa.

Para que se caracterize a violação de direito por omissão, é necessário que exista dever jurídico de praticar um determinado fato, restando demonstrado que com a prática do dever a violação seria evitada²³².

²³⁰ Nesse sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. 2003, *Op. cit.*; FILHO, Sergio Cavaliere. 1.996, *Op. cit.*; DIAS, José de Aguiar. 1.995, *Op. cit.*; GOMES, Luiz Roldão de Freitas. 2000, *Op. cit.*; STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1.997, p. 293

²³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. 2003, *Op. cit.* p. 36

²³² *Idem ibidem*, p. 37

Como dito anteriormente, a responsabilidade do doador não deriva de ato ilícito. Ela surge de um ato praticado por ele, qual seja: a doação do material genético. Entretanto, a violação dos direitos da pessoa gerada por fertilização artificial decorre da omissão do doador em assumir as obrigações oriundas da ação praticada anteriormente. Portanto, há uma ação antecedente, mas são as conseqüências da omissão que violam os direitos do outro interessado.

Rolf Madaleno afirma que o estado filial preexiste à sentença, sendo parte do risco assumido por ambos os genitores quando da decisão parental. Da mesma forma, deve-se interpretar a decisão de participar de procedimentos de reprodução assistida, não se permitindo tirar proveito da própria malícia. Afirma o autor que “filho é filho desde o nascimento e não por obra ou graça do juiz”, portanto os deveres inerentes à paternidade devem ser cumpridos a partir daquele momento²³³.

Para o autor, o direito à identidade pessoal, ao uso do nome, está associado à dignidade e à reputação do filho não reconhecido, atingindo e lesionando um direito subjetivo do menor, impedindo seu desenvolvimento mental e social, negando assim o sadio direito de a criança formar sua verdadeira personalidade²³⁴.

²³³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999, p. 150

²³⁴ *Idem ibidem*

Também defende posição inovadora, com a qual não concordamos, Ana Carolina Brochado Teixeira. Para a autora, a conduta de um genitor ausente que descumpra as responsabilidades intrínsecas ao poder familiar, enquadra-se perfeitamente entre os atos ilícitos. Sendo descumpridos os deveres parentais inerentes ao poder familiar, é inevitável o dano em razão da lacuna existente na vida da criança²³⁵.

Sustenta a autora que a penalização do dano causado à subjetividade da pessoa tem caráter propedêutico, que busca além de satisfazer a vítima da ofensa, castigar o culpado e serve de exemplo para estimular o cumprimento dos deveres éticos impostos pelas relações familiares²³⁶.

Não obstante o pensamento de Ana Carolina Brochado Teixeira e de Rolf Madaleno, o Desembargador da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Mario dos Santos Paulo, que funcionou como relator no Acórdão 2004.001.13664, manifestou-se em sentido contrário em seu voto, como se vê:

1. Indenização; 2. Dano moral; 3. Objeto indenizatório deduzido por filha contra o pai, visando à compensação pela ausência do amor e afeto; 4. Ninguém está obrigado a contemplar quem quer que seja com tais sentimentos. 5. Distinção entre direito e moral; 6. Incidência da regra constitucional, pilar das democracias mundo a fora, e a longo tempo, esculpida no artigo 5º, II, de nossa Carta Política, segundo a qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

²³⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana *In* **Revista Brasileira de Direito de Família – nº 32 138-158**, p. 153

²³⁶ *Idem ibidem*, p. 151

alguma coisa senão em virtude de lei'; 7. pretensão manifestamente mercantilista, gratuidade de justiça; 8. Constatação de mais uma tentativa de ganho fácil, sendo imperioso evitar a abertura de larga porta com pretensões do gênero. 9. Sentença que merece prestígio. 10. Recurso improvido²³⁷.

²³⁷ TJRJ, AC 2004.001.13664, 4ª C. Cív., Rel. Mario dos Santos Paulo. **Revista dos Tribunais de Direito Civil**, v. 20, out./dez. 2004, p. 181-184

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto até esse momento, entende-se adequada a responsabilização do doador de material genético nos procedimentos de reprodução artificial heteróloga. Lembrando sempre da dicotomia apresentada, que se passa a resgatar.

Como demonstrado anteriormente, vislumbram-se três situações possíveis. A primeira delas, prevista pelo Código Civil em seu artigo 1.597, V, refere-se ao casal²³⁸ que, a partir de uma decisão conjunta, procura pelos procedimentos artificiais e assume a responsabilidade pelos desdobramentos decorrente deles. Nesta situação, o homem que consente que a mulher se submeta à fertilização heteróloga, será considerado pai da criança vindoura nos termos do artigo 1.597, V, do Código Civil que adotou aqui o critério sócio-afetivo; e, nos termos do artigo 1.601 do mesmo diploma, ninguém poderá contestar esse fato. Nem mesmo ele, pois, como defendido nesse trabalho, a retratação do consentimento somente operará efeitos se realizada anteriormente à realização dos procedimentos. Ainda, como última observação, nesse caso, será necessário analisar o caso concreto para se aferir quais dos direitos da personalidade devem prevalecer, se são os direitos do doador de material genético ou da pessoa gerada por estes procedimentos.

²³⁸ Embora estejamos utilizando o termo casal, vale salientar que o dispositivo legal refere-se, expressamente, apenas ao marido, o que nos leva a supor que está tratando apenas da situação daquelas pessoas legalmente casadas.

Já para as duas outras situações, o cenário é completamente diferente. Haja vista que os procedimentos de reprodução assistida foram desenvolvidos como soluções paliativas, para o tratamento da impotência *coeundi* ou *generandi*, classificadas como doenças pela Organização Mundial de Saúde. Tanto é assim que não há nem indícios na legislação brasileira vigente, da utilização desses procedimentos para a satisfação de desejos pessoais. Dessa forma, nem a mulher que se submete aos procedimentos de fertilização heteróloga sem o consentimento de seu marido ou companheiro, nem a mulher que busca uma produção independente, foram açambarcadas pelo espírito da lei. Logo, situações diferentes, exigem tratamentos diferentes.

Sendo assim, nestes dois casos, o doador de material genético deverá responder pela paternidade da criança concebida pelos procedimentos de reprodução assistida heteróloga, pois a soma da distorção da utilização dos recursos tecnológicos existentes com as vontades autônomas dos envolvidos no processo não pode, jamais, atingir os interesses do nascido.

Ademais, o artigo 1.634 do Código Civil é explícito ao dizer que, quanto à pessoa dos filhos menores, compete aos pais dirigir-lhes a criação e a educação, bem como, tê-los em sua companhia e guarda. A guarda, assim como o sustento e a educação dos filhos, são também deveres dos cônjuges, nos termos do artigo 1.566, e, dos companheiros nos termos do artigo 1.724, ambos do Código Civil.

Com relação à criança, diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente²³⁹, salvaguardam seus direitos. O artigo 3º, por exemplo, afirma que ela goza “de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, assegurando-lhe ainda, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Por sua vez, o artigo 4º diz ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesta mesma linha, o artigo 5º afirma que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação, sendo punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Sendo, portanto, certo que a criança tem direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoa humana em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, como asseverado pelo artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei 8.069/90 determina ainda: que toda criança tem direito a ser criada e educada no seio da sua família, assegurada a convivência familiar e comunitária²⁴⁰; que o “pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo

²³⁹ Lei 8.069/90

²⁴⁰ Artigo 19 da Lei 8.069/90

pai e pela mãe”, assegurado a qualquer deles o direito de recorrer à autoridade judiciária para a solução da divergência²⁴¹; bem como que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros”²⁴².

Dessa forma, deixar de responsabilizar o doador de material genético nestes dois casos feriria não só esses preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como também todos os direitos da personalidade da criança.

Para resolução do impasse que a proposta de responsabilização do doador pode trazer, bem como, para a solução da celeuma jurídica que a situação atual apresenta, apresentamos duas sugestões:

1. A primeira delas seria o legislador assumir a posição indicada pelo atual Código Civil, de que o procedimento deve ser utilizado apenas para o tratamento da infertilidade ou da esterilidade, proibindo a prática da reprodução assistida heteróloga quando não for absolutamente necessária ou, no mínimo, recomendada.

Aqui, aproveita-se a oportunidade para explicar que se entende ser esta a opção do legislador, porque o único momento em que se fala sobre procedimentos de reprodução assistida no Código Civil é no artigo 1.597, e, nesta

²⁴¹ Artigo 21 da Lei 8.069/90

²⁴² Artigo 27 da Lei 8.069/90

oportunidade, o legislador cuida, apenas, da filiação. Não regulamentando em nenhum momento, as relações que possam surgir fora de um relacionamento.

2. A segunda sugestão seria o doador, no ato da doação, condicionar a autorização da utilização de seu material genético às situações previstas pela legislação brasileira, como por exemplo, autorizar a utilização do material genético apenas para a inseminação artificial heteróloga daquelas mulheres que tenham o consentimento do marido ou companheiro para a realização do procedimento.

Neste caso, o doador não correria o risco de ser responsabilizado, pois havendo o consentimento define-se a paternidade da criança.

De uma forma ou de outra, o fato é que a situação depende de regulamentação, pois da forma como os fatos vêm acontecendo ultimamente, não é possível. Não podemos conceber que os direitos de um terceiro, inocente e indefeso, sejam prejudicados pelas opções dos outros.

A pessoa gerada por reprodução assistida heteróloga, deve, ao menos, ter seus direitos subjetivos preservados, para, a seu critério, definir se quer ou não utilizá-los.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADI 3.510-0, decisão proferida aos 07 de março de 2007, pelo Ministro Relator da Carlos Ayres Britto

ADI 3.510-0, Procurador-Geral da República Cláudio Fontelles

ADI 3.510-0, Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

ADI 3.510-0, Voto da Ministra Ellen Grace

ADI 3.510-0, Voto Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os Direitos dos Embriões Congelados e Daqueles que os Geram *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 34*. p. 72 - 98

ALDROVANDI, Andréia; FRANÇA, Danielle Gavião de. A Reprodução Humana Assistida e as Relações de Parentesco *In Prática Jurídica*. Brasília. Consulex, ano I – Nº 7, 2002, p. 34-43

ALDROVANDI, Andréia; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no Contexto de Organizações Socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 34*, p. 5 - 29

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade – De Acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo. Atlas, 2005

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil, 6ª ed. Atualizada por Achilles Beviláqua.** Rio de Janeiro. Paulo Azevedo, 1953

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 2008

BOÉCIO. **Escritos (Opuscula Sacra).** São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2005

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Critério Jurídico de Paternidade na Reprodução Assistida *In* LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional – Caderno 3.** São Paulo. Malheiros, 2002, p. 315 - 334

CAMRGO, Juliana Frozel de. **A Fecundação *in Vitro* Com Transferência Embrionária. Principais Aspectos Éticos e Legais.** Piracicaba. 2002

CAMARGO, Lucas Couceiro Ferreira de. Responsabilidade Civil do Doador de Material Genético na Inseminação Artificial Heteróloga *In* **Revista Jurídica – PUC-Campinas.** Campinas. 2007. Vol. 23. no. 2, p. 15 - 21

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra. Almeida, 1998

CANOTILHO, J. J.; e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 3ª ed. Coimbra Editora, 1984

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e Bioética. A Regulação da Reprodução Assistida no Brasil *In* **Cadernos CRH.** Salvador. 2005 Jan/Abr. V. 18, n. 43

COSTA, Judith Martins. Os danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da Sua Reparação *In Revista dos Tribunais nº 789, jul/2001*. São Paulo, p. 21 - 47

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo. Quorum, 2008

D'ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo. Malheiros, 2006

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil v. I**. Rio de Janeiro. Forense, 1995

DINIZ, Débora. Técnicas Reprodutivas, Ética e Gênero: O Debate legislativo Brasileiro *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Bioética Alguns desafios**. São Paulo. Edições Loyola. 2001

FERNANDES, Tycho Brahe. A Reprodução Assistida em Face da Bioética e do Biodireito *In Diploma Legal*. Florianópolis, 2000

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio O Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro. Nova Franteira. 1.999

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade civil**. São Paulo. Malheiros Editores, 1.996

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência. A Dignidade da Pessoa Humana A Ética da Responsabilidade**. São Paulo. Ed. RT, 2004

GOLDIM, José Roberto. Início da Vida de uma Pessoa Humana *In* **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível na internet em 14/07/2008: : <http://www.ufrgs.br/bioetica/inivida.htm>

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2000

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio da Janeiro. Ed. Forense, 1995

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo. Saraiva, 2003

GRACIANO, L. L. Reprodução Humana Assistida: Determinação da Paternidade e o anonimato do doador. In: X SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA E VI

GUILHEM, Dirce; GONÇALVES, Erli Helena. Decisões Reprodutivas, Genética Clínica e o Agir Bioético: o Encontro da Biologia Com a Cultura *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Bioética Alguns desafios**. São Paulo. Edições Loyola. 2001, p. 225 - 241

IWASSO, Simone. Óvulo é Moeda em Clínica de Fertilização. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. A16-A17

LEITE, Leonardo. **Inseminação Artificial**. Disponível na internet em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_inseminacao.htm aos 28-7-2008

LEITE, Leonardo. **Inseminação Artificial**. Disponível na internet em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm aos 28-7-2008

LEPARGEGNEUR, Hubert. Bioética e Conceito de Pessoa: Esclarecimentos *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo. Paulus.1996, p. 89 - 107

LEPARGEGNEUR, Hubert. Engelhardt e as Dificuldades do Consenso *In* BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, PESSINI, Leo. **Bioética Alguns desafios**. São Paulo. Edições Loyola. 2001, p. 91 - 114

LIMA, Taisa Maria de. Filiação e Biodireito: Uma Análise das Presunções em Matéria de Filiação em Face da Evolução das Ciências Biogenéticas *In* **Revista Brasileira de Direito de Família – nº 13 – Abr-Mai-Jun/2002**, p. 142-161

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de Direito Civil, v. 1, 4ª ed.** São Paulo. Ed. RT, 1980

LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado Tomo II – Direito de Personalidade. Direito de família**. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955

MONTENEGRO, Karla Bernardo. Início da Vida no STF *In* MOTA, Silvia. **Enciclopédia Virtual de Bioética e Biodireito**. Disponível na internet em 10/07/2008: : http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo. Ed. Atlas, 2002

MOSTRA DE PESQUISA DA PUC-PR, 2002, CURITIBA. **Caderno de Resumos da PUC-PR**. Curitiba. Pró Reitoria de Pesquisa e Pós Graduação da PUC-PR, 2002

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Álvares de, e BORGES JR. Edson. **Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar? Compreendendo a Ética e a Lei**. São Paulo. Gaia, 2000

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da Personalidade e a Responsabilidade Civil na Jurisprudência do Direito de Família *In Revista Brasileira de Direito de Família – nº 13 – Abr-Mai-Jin/2002*, p 53 - 75

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional, tradução de Maria Cristina De Cicco**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2002

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo. Edições Loyola. 2005

REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**. São Paulo. Saraiva, 1.968

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros Editores, 2003

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1.997

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana *In* **Revista Brasileira de Direito de Família – nº 32 138-158**

TELES, Natália Oliva. O Estatuto do Embrião Humano: Algumas Considerações Bioéticas *In* **Nascer e Crescer Revista do Hospital de Crianças Maria Pia**, 2004. Vol. XIII, no. 1

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2002

TJRJ, AC 2004.001.13664, 4ª C. Cív., Rel. Mario dos Santos Paulo. **Revista dos Tribunais de Direito Civil, v. 20, out./dez.** 2004, p. 181-184

TORRES, Wilma da Costa. A Bioética e a Psicologia da Saúde: Reflexões Sobre Questões de Vida e Morte *In* **Psicologia: Reflexões e Críticas**. Porto Alegre. 2003. Vol. 3. No. 3. Disponível na internet em 10/07/2008: :
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102797220030003000006&script=sci_arttext&tIng=pt

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família, v. I**. São Paulo. Ed. Atlas, 2004

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família, v. VI.** São Paulo. Ed. Atlas, 2004

VIANA, Marco Aurélio S. **Da Pessoa Natural.** São Paulo. Saraiva. 1988