UNIVERSIDADE FEEVALE

LILIANE FRITZEN

BIOÉTICA E BIODIREITO COMO PARÂMETROS PARA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO *VERSUS* O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GÉNETICA

Novo Hamburgo

2015

LILIANE FRITZEN

BIOÉTICA E BIODIREITO COMO PARÂMETROS PARA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO *VERSUS* O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.

Orientador: Prof.Dr. Henrique Alexander Grazzi Keske

Novo Hamburgo

2015

LILIANE FRITZEN

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito com o título **BIOÉTICA E BIODIREITO COMO PARÂMETROS PARA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO *VERSUS* O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA,** submetido ao corpo docente da Universidade Feevale, como requisito necessário para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Aprovado por:

_____

Professor Dr. Henrique Alexander Grazzi Keske
Orientador

_____

Professor
Banca Examinadora

_____

Professor
Banca Examinadora

Novo Hamburgo, junho de 2015.

Dedicado à minha mãe, Regina Elisabete Fritzen, *in memorian*, com todo meu amor e gratidão. A André Feijó Meirelles, companheiro de todas as horas, que foi carinho e incentivo no decorrer desta pesquisa. Ao orientador deste trabalho, professor Henrique Keske pela acolhida, encorajamento e apoio e, junto a ele, a todos os professores que me instigaram a pensar, dividiram comigo a felicidade do saber e inspiraram o meu escrever.

“Ora, os séculos anteriores a esse últimos, em que nascemos, não enfrentaram nem de longe a quantidade de problemas novos que as mais recentes tecnologias, a nova genética, a nova cirurgia, a microbiologia, a biotecnologia, nos lançam agora diariamente como desafios. Os temas relacionados ao começo e ao fim da vida, por exemplo, foram durante milênios quase consensuais.”
Alvaro Valls

RESUMO

A presente pesquisa acadêmica analisa as alternativas possíveis para dirimir o conflito entre o anonimato do doador de material genético e o direito à origem genética. Tal oposição de interesses nasce do uso da técnica de reprodução humana assistida heteróloga, ainda não regulada por lei específica no direito brasileiro. Para essa tarefa, busca a origem, o conceito e os princípios da bioética e do biodireito, constatando a preocupação com dilemas de semelhante natureza. Além disso, apresenta o estudo de ambos os lados da celeuma para caracterizar a natureza dos direitos envolvidos. Constata divergências entre as linhas doutrinárias e as separa em três posições mais ou menos definidas. Há a que é a favor de que seja mantido o anonimato, a que considera que o direito à origem deve prevalecer sem efeitos no direito de família e sucessório e, por fim, a que combate o uso da técnica heteróloga por considerar maiores os problemas que ela acarreta do que os benefícios que gera. O estudo conta ainda com análise de jurisprudência - e uma consequente visão sobre o uso da analogia com a lei da adoção -, de aspectos do direito comparado e cita alguns projetos de lei em tramitação, que visam a regular a questão.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Reprodução Humana Assistida. Anonimato do doador de material genético. Direito à origem genética.

ABSTRACT

This academic research analyzes possible alternatives regarding the conflict between donor anonymity of genetic material and the right to genetic origin. Such opposing interests arise from the use of heterologous assisted human reproduction technology, not yet regulated by specific law in Brazilian legal system. To do so, this study dives into the origin, concept and principles of bioethics and biolaw, and compiles what authors are saying about such dilemmas. Furthermore, the research introduces an analysis of both sides of the argument, in order to characterize the nature of the rights involved. It points out differences between the doctrinal lines and separates them into three roughly defined positions: the one in favor of keeping the anonymity; the one which considers that the right of origin must prevail without the effects of Family Law and Inheritance Law; and, at last, the one which refutes the use of the heterologous technique, for it causes more problems than solutions. The study also includes case law analysis (with a consequent view on analogy using the adoption law), aspects of comparative law, and some bills in progress, aimed at regulating the issue.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Assisted Human Reproduction. Donor anonymity of genetic material. Right to genetic origin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

1 BIOÉTICA E BIODIREITO 10
1.1 BIOÉTICA: ORIGEM, CONCEITO E PRINCÍPIOS 10
1.1.1 O que é Bioética? 10
1.1.2 Princípios da Bioética 15
1.1.3 Uma forte interação comunicacional 20
1.2 . BIOÉTICA E BIODIREITO 25
1.2.1 Distinção dos termos - Intersecção conceitual - Interface de sentidos 25
1.2.2 Princípios do Biodireito 36
1.2.3 Construções Legais 40

2 O ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO *VERSUS* O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA 49
2.1 A DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO E SEU ANONIMATO 49
2.1.1 Bioética na reprodução humana medicamente assistida 49
2.1.2 A reprodução assistida heteróloga e o anonimato do doador de material genético 55
2.2 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA 67
2.2.1 A fragmentação da Paternidade 67
2.2.2 Direito ao conhecimento da origem genética 76
2.3 A BUSCA DE SOLUÇÃO PARA O CONFLITO 82
2.3.1 Lacuna legal, analogia e jurisprudência 82
2.3.2 Aspectos do direito comparado e projetos de lei 92

CONSIDERAÇÕES FINAIS 100

REFERÊNCIAS 103

INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda os conceitos de Bioética e Biodireito, a origem, os objetivos, princípios e áreas de atuação destes ramos de estudo como ponto de partida para uma discussão envolvendo ética, direito e avanços tecnológicos na área da reprodução humana.

Tal contexto reveste-se de importância à medida que situações como a reprodução humana assistida - entre muitas outras possibilidades trazidas pela evolução científica e tecnológica -, são cada vez mais corriqueiras e praticadas, em muitos casos, sem uma anterior discussão de pertinência ética e aspectos legais. Isso se dá, geralmente, porque tais análises não acompanham o ritmo e velocidade com que as novas práticas se estabelecem em um mercado que as comemora.

Objetiva-se a investigação da natureza dos direitos envolvidos no conflito entre o anonimato do doador de material genético para aquele(s) que deseja(m) ter filhos, ao ser confrontado com o direito da pessoa, assim gerada, de conhecer sua origem biológica; bem como o apontamento do direito que deve prevalecer tomando-se por base os ditames constitucionais e os princípios da Bioética e do Biodireito.

Busca-se tal intento através de uma pesquisa exploratória, com consulta bibliográfica à doutrina, análise jurisprudencial e da legislação existente. O método hipotético-dedutivo mostra-se adequado ao propósito, pois se tem a delimitação de um problema, a formulação de hipóteses de onde se parte para observações detalhadas que poderão ou não comprová-las.

No primeiro capítulo encontra-se a delimitação estrutural da Bioética, o impulso inicial que lhe deu origem e sua constituição principiológica. Além disso, há a comparação entre os termos bioética e biodireito, buscando-se suas semelhanças e diferenças e sonda-se os princípios do então biodireito. Após o que, abordam-se os textos legais e tratados internacionais que lhes são da alçada, e a forma como tais campos de estudo poderiam gerar ou identificar-se com normas de valor jurídico.

E o segundo capítulo ambiciona o aprofundamento do olhar bioético para uma questão que lhe importa na essência. Trabalham-se, então, os aspectos da reprodução humana assistida, especialmente, na modalidade heteróloga - aquela

que implica na doação de material genético. Chega-se, assim, à análise da importância do anonimato do doador.

Vencida esta etapa, investigam-se, no Direito de Família, algumas considerações acerca da paternidade e a sua fragmentação em paternidade socioafetiva e biológica, para então, traçarem-se os nortes do direito à origem genética.

E, ao final, na procura por uma solução possível, analisa-se de que forma o Direito brasileiro enfrenta tal conflito dos interesses, a lacuna da lei, a necessária prolação da decisão judicial e o amparo da analogia, jurisprudência e direito comparado. Após essa breve análise dos objetivos e justificativas de pesquisa, inicia-se o primeiro capítulo.

1 BIOÉTICA E BIODIREITO

1.1 BIOÉTICA: ORIGEM, CONCEITO E PRINCÍPIOS

1.1.1 O que é Bioética?

Em uma análise conceitual, o neologismo Bioética é construído a partir das palavras gregas *bios* (vida) e *ethos* (relativo à etica)[1]. Para Elida Séguin: "a fusão da ética com a ciência da vida deu origem à Bioética, como uma *ética da vida*, integrando a cultura humanística à técnico-científica das ciências naturais"[2].

Mas a preocupação ética com as práticas biológicas não é recente, remonta às origens da medicina, quando Hipócrates (460-377 a.C.) ainda na Grécia Antiga, já dirigia sua atenção a aspectos éticos. Sua obra, o *Corpus Hippocratium*, serviu de base para o Juramento de Hipócrates[3], hoje proferido em muitas escolas de medicina do mundo[4], e que serviu de base ética, durante aproximadamente 2500 anos, para médicos e outros profissionais da saúde que, através de invocação a deuses gregos, comprometiam-se "a apoiar e atender (inclusive financeiramente) seus mestres, guardar segredos, não fazer o mal, não provocar aborto nem eutanásia, não executar cirurgias e não seduzir pacientes de qualquer sexo [...]"[5].

O termo "Bioética" teria sido utilizado pela primeira vez em 1971, pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, ao publicar o artigo "Bioética: ponte para o futuro"[6] [7]. Para ele, a bioética surgiria como um "diálogo entre a ciência e a humanidade que pareciam

---

[1] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.7.
[2] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 40.
[3] "**Juramento de Hipócrates**: Código de ética médica atribuído ao médico grego, mas provavelmente escrito por seus seguidores no século IV a.C. Normalmente relacionado a um sistema de crença do culto pitagórico." In: VEATCH, Robert M. **Bioética**. 3. ed. Traduzido por Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014, p. 3. Disponível em: <http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788543004495/pages/3> Acesso em: 21 fev. 2014.
[4] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 130.
[5] VALLS, Alvaro L. M. **Da Ética à Bioética**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 136.
[6] Na língua original: "Bioethics: bridge to the future"
[7] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

incapazes de comunicar-se entre si", a ponte seria uma ligação entre saberes que trilhavam caminhos paralelos.[8] Em sua visão, a bioética seria uma "espécie de saber reflexivo sobre a *sobrevivência humana no planeta* aliando as ciências biológicas aos valores humanistas".[9] A ideia inicial de Van Potter era desenvolver uma "ética das relações vitais, ou seja, dos seres humanos entre si e destes com o ecossistema"[10].

Apesar de esse pioneirismo ser facilmente encontrado no estudo da questão, o uso incipiente do termo bioética não é unanimidade na doutrina, tal como se vê em José Roberto Goldim, para quem a primeira utilização da palavra teria sido de Fritz Jahr, que a teria cunhado em 1927, portanto 47 anos antes, em um artigo publicado no periódico alemão *Kosmos.* Para Fritz Jahr, a bioética seria o reconhecimento de obrigações éticas, de forma mais abrangente: *"não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos"*[11]*;* -"respeito todos os que vivem essencialmente como um fim em si mesmos e devo tratá-los como tal, se possível!"[12] o que representaria o ideal de bom senso do "imperativo da bioética"[13] caminho para o qual evoluir-se-ia a educação[14].

Apesar dessa cronologia acerca da origem do termo, alguns bioeticistas consideram a bioética como fruto de alguns acontecimentos marcantes do século

---

[8] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 41.
[9] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 17.
[10] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.7.
[11] GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, nº2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Origem%20da%20Bio%C3%A9tica/ORIGEM%20DA%20BIO%C3%89TICA.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2014.
[12] JAHR, Fritz. **Bioética:** um panorama da ética e as relações do ser humano com os animais e plantas. Ano 1927. Tradução: Carlos Roberto Fernandes, 2009. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Origem%20da%20Bio%C3%A9tica/BIO%C3%89TICA%20POR%20%20FRITZ%20JAHR.pdf.>. Acesso em: 06 abr. 2014.
[13] "Segundo Jahr, este imperativo bioético deveria ser orientado por uma nova postura, que superasse o antropocentrismo, o formalismo e a preocupação com a reciprocidade. Isso porque o autor sustenta que não apenas plantas e animais não possuem condições de tecer considerações morais, de assumir responsabilidades e de retribuir os cuidados que recebem, mas também muitos seres humanos, embora teoricamente capazes para tanto, igualmente também não irão agir com reciprocidade em relação aos seus semelhantes." *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; ABEL, Henrique. Direito e Bioética no Século XXI: O papel da proteção jurídica da dignidade humana no estabelecimento de marcos normativos adequados. **Revista da AJURIS**, v. 41, nº 136, 2014. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/369> Acesso em: 11 abr. 2015.
[14] GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, nº2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Origem%20da%20Bio%C3%A9tica/ORIGEM%20DA%20BIO%C3%89TICA.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2014.

XX, dentre eles o julgamento dos médicos nazistas, ocorrido na cidade de Nuremberg (1944-1946),[15] ocasião em que a "revelação das barbáries cometidas pelos médicos nazistas despertou para o perigo de se fazer da ciência um uso inadequado", pois quando desvinculadas da ética, as aplicações da pesquisa científica podem expor o ser humano a atrocidades e indignidade[16], como ressaltado na fala de Aline de Oliveira:

> Esse capítulo da história da humanidade fez aflorar a percepção de que o desenvolvimento científico não deve alijar a avaliação ética e a de que a beneficência da prática da medicina não é imanente, porque as condições de sua presença são forjadas socialmente.[17]

O Código de Nuremberg[18] "constitui-se no primeiro indicador de cunho universal da necessidade de aliar a pesquisa científica ao respeito pelo ser humano", e é considerado o documento *mater*[19] da bioética.[20] Os princípios decorrentes deste julgamento estabeleceram parâmetros éticos para pesquisas envolvendo seres humanos e prenunciaram o cerne da preocupação acerca dos valores morais em torno da relação médico-paciente.[21] Para unir-se a esse importante compêndio de valores, a obra de Tom L. Beauchamp e James Childress, lançada em 1979, em Nova Iorque[22], introduziu princípios básicos elementares para o desenvolvimento da bioética, que serão abordados logo adiante.[23]

Outro marco histórico associado à origem da ideia bioética foi a realização da fertilização "in vitro", divulgada no decorrer da década de 70. A reação das pessoas,

---

[15] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 17.
[16] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 31.
[17] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 17.
[18] "A Declaração de Nuremberg (1947) nasceu da condenação das práticas antiéticas dos médicos nazistas (Mengele é o mais famoso) durante a Segunda Grande Guerra e é o primeiro documentos de bioética. Nela estão indicadas que normas devem ser observadas nas pesquisas com seres humanos." SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro"** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57.
[19] A expressão documento *mater* tem por sinônimo: documento mãe, aquele que dá origem, que precede os outros.
[20] SAUWEN, Regina; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 31.
[21] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 17.
[22] PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 09 Jun. 2014.
[23] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

à época, foi de perplexidade, pois "a possibilidade de uma nova forma de procriação humana envolveu questões de muitas ordens: da biologia, da medicina, da antropologia, da religião, do direito e, sobretudo, da ética": não se estava diante da primeira forma de reprodução humana fora da relação sexual desenvolvida – já que a inseminação assistida já existia há mais de um século, mas passara despercebida – porém a notícia, desta vez, causara grande polêmica e muitas reflexões, já que "hoje a novidade é a da procriação em proveta. E amanhã? Não poderá a engenharia genética criar, modificar ou extinguir o *gene humano*, dando um caráter catastrófico aos sonhos sobre o futuro da humanidade?" Era o questionamento geral à época .[24]

Expandindo o conceito, na lição de Francisco de Assis Correia:

> A bioética é um produto da sociedade do bem-estar pós-industrial e da expansão dos direitos humanos da terceira geração, que marcaram a transição do Estado de direito para o Estado de justiça, visando a promoção da macrobioética e da responsabilidade frente à preservação da vida em sua mais ampla magnitude.[25]

Essa relação entre bioética e direitos humanos é abordada por Aline de Oliveira, que afirma que ambas compartilham finalidade similar: a de engendrar meios para amoldar certas condutas humanas a fim de integrá-las a uma pauta de bens e valores considerados pela sociedade como essenciais à convivência humana digna e pacífica, pois "foi a exposição da fragilidade da racionalidade humana e da força dos impulsos destrutivos durante os acontecimentos da Segunda Guerra que impulsionou a busca por barreiras éticas e valorativas para o agir humano".[26]

No presente esforço de concepção, oportuno se faz o alerta de Guilherme Calmon sobre o que a bioética não é:

> Considerando as próprias experiências históricas relacionadas aos desafios morais, *novas formas e modos de deturpação dos valores éticos podem surgir com base em discursos formalmente legitimadores das práticas por eles tuteladas, mas buscando, no fundo, atingir resultados há muito condenados pela civilização humana.* Trata-se de não incorrer nos mesmos 'equívocos' quanto às argumentações e justificação passadas, travestindo-

[24] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 32.
[25] CORREIA, 2002 *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.9.
[26] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 19.

> se de pseudodiscurso bioético, atual e fundamentador de determinados avanços e aplicações tecnológicas.[27] (Grifou-se)

É de conceitos acerca da bioética, como em Bruno Naves: "a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas médicas e biológicas, avaliando suas implicações na sociedade [...]"[28] e em Maria Helena Diniz: "uma vigorosa resposta (da ética) aos riscos inerentes à prática tecnocientífica e biotecnocientífica [...]"[29], que se pode concluir que o foco dos estudos bioéticos liga-se às possibilidades trazidas pelo aprimoramento tecnológico e desenvolvimento científico. Por serem imbuídos de novidades e estarem relacionados à vida (e à morte), são temas polêmicos. Como exemplo, tem-se "o aborto, a eutanásia, a distanásia, os transplantes, a clonagem, a reprodução medicamente assistida, a cirurgia de alteração de sexo, a manipulação genética", entre outros.[30]

A revolução biotecnológica é o centro da preocupação de cientistas, médicos e advogados, pois, na visão de Andreya Navarro, estes estão "apreensivos com a eficácia e avanço das novas tecnologias, a perda da biodiversidade, a alteração da cadeia genética humana e com as imprevisíveis consequências da manipulação genética"[31] e em meio a questionamentos tão pertinentes quanto necessários e urgentes, descreve, a autora, o seguinte cenário:

> Estamos no amanhecer de novas atribuições e responsabilidades com a espécie, momento único desde o início da evolução do homem que foi, até então, biologicamente protagonista de papéis escolhidos por forças externas à consciência. A troca de papéis de ator para autor de novos ensaios na odisseia humana traz consigo a ansiedade natural dos principiantes. Questões jurídicas, filosóficas e éticas destes novos horizontes vêm sendo discutidas para amenizar o medo do desconhecido e do próprio homem com sua inigualável capacidade de destruição. [32]

É justamente devido à preocupação da bioética com a preservação e a dignidade da vida humana que ela pode ser dividida em dois campos de estudo, como se lê em Maria Helena Diniz: "ações oriundas do campo da ciência no âmbito

---

[27] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25-26.
[28] NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 131.
[29] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.35.
[30] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.9.
[31] NAVARRO, Andreya Mendes de Almeida Scherer. **O Obscuro Objeto do Poder**: ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007, p. 3.
[32] NAVARRO, Andreya Mendes de Almeida Scherer. **O Obscuro Objeto do Poder**: ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007, p. 3.

da saúde", ou seja, relações entre médico, paciente e instituições de saúde, pertenceriam à *microbioética*. Já questões "decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas" estariam no campo da *macrobioética*.[33] Cabe pontuar que essa distinção não é unânime; Elida Séguin declara discordar da classificação "tendo em vista que a autonomia do Direito Ambiental não comporta mais discussões".[34]

Uma divisão semelhante é defendida por Mainetti, que acrescenta aos dois grupos um terceiro, a *mesobioética*, que se pode entender como um nível intermediário, que "abrange todas as intervenções biomédicas sobre a vida humana individual, do nascimento à morte [...] em uma dimensão civil".[35]

Além dessa, uma classificação quanto à temática bioética é citada por Maria Helena Diniz, seria a separação entre "*bioética das situações persistentes"* para temas que existem desde sempre e continuarão a existir, cotidianamente, tais como "aborto, eutanásia, racismo, exclusão social e discriminação" e a chamada *"bioética das situações emergentes"* relativas aos conflitos gerados quando se contrapõem o progresso biomédico aos limites estabelecidos pelos direitos humanos, como "fecundação assistida, doação e transplante de órgãos e tecidos e engenheiramento genético".[36]

1.1.2 Princípios da Bioética

O nascer principiológico[37] da Bioética aconteceu nos Estados Unidos quando, em 1974, reagindo a escândalos - como o dos 400 negros americanos sifilíticos que foram privados de tratamento médico para a análise da história natural da doença - o

[33] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.35.
[34] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 44.
[35] No original: "abarca todas las intervenciones biomédicas sobre la vida humana individual, desde el nacimiento hasta la muerte [...] en una dimensión civil". In: MAINETTI, 1991 *apud* LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial**: um desafio bioético. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 12.
[36] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.35.
[37] Para Miguel Reale: "*Princípios* são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários" *In*: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

governo constituiu, via Congresso, a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental,[38] formada para identificar os "princípios éticos básicos que deveriam nortear a pesquisa com seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina".[39]

A Comissão que, além de médicos, era composta de filósofos e teólogos, considerou que as normas existentes à época eram "difíceis de interpretar e de aplicar", mesmo tendo como base o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Helsinque[40] (elaborada em 1964 pela Associação Médica Mundial[41]). Por isso, em 1978, quatro anos após, lançou um método baseado em três princípios fundamentais que "deveriam prover as bases sobre as quais formular, criticar e interpretar algumas regras específicas", o *Relatório Belmont [42].* Os três princípios identificados foram: o respeito pelas pessoas (*autonomia*), a *beneficência* e a *justiça*. A posterior distinção entre beneficência e *não maleficência* é feita por Beauchamp e Childress, em 1979, em sua obra Princípios de Ética Biomédica.[43]

Os princípios "que iluminam a nova caminhada da humanidade" são definidos, por Maria Helena Diniz, como "racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais".[44] E, na visão de Carvalho e Ferraz, "com a utilização de princípios norteadores, a matéria

[38] No original: *"National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research"* In: PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.10. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 09 Jun. 2014.

[39] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 42.

[40] "A 18ª Assembleia da Associação Médica Mundial, realizada em 1964 em Helsinque (Finlândia) aprovou um documento contendo um elenco de normas éticas sobre pesquisas em seres humanos, o qual ficou conhecido como a 'Declaração de Helsinque'. O citado documento estabelece a distinção entre pesquisa clínica terapêutica e a não terapêutica. Em 1975, a 29ª Assembleia da Associação Médica Mundial em Tóquio revisou e ampliou a 'Declaração de Helsinque', incluindo o conceito de pesquisa biomédica envolvendo seres humanos. Tal modificação ficou conhecida como Helsinque II." In: PADILHA, Maria Itayra Coelho de Souza et al. A responsabilidade do pesquisador ou sobre o que dizemos acerca da ética em pesquisa. **Texto & Contexto Enfermagem**, v. 14, n. 1, 2005, p. 96-105. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/tce/v14n1/a13v14n1.pdf> Acesso em: 11 Out. 2014.

[41] Na língua original: "World Medical Association (WMA) é uma organização internacional que representa médicos. Foi fundada em 17 de setembro de 1947, quando os médicos de 27 países se reuniram na Primeira Assembleia Geral da WMA, em Paris. A organização foi criada para garantir a independência dos médicos, e de trabalhar para os mais elevados padrões de comportamento ético e cuidado pelos médicos, em todos os momentos. Isso foi particularmente importante para os médicos, após a Segunda Guerra Mundial [...]" (traduziu-se) In: Disponível em: <http://www.wma.net/en/60about/index.html> Acesso em: 11 Out. 2014.

[42] No original: "*Belmont Report".*

[43] PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.10. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 09 Jun. 2014.

[44] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.38.

transformou-se em disciplina autônoma e coerente, aplicável em todos os grupos sociais."[45]

Sobre os princípios estabelecidos, Regina Sauwen e Severo Hryniewicz ponderam que "o principialismo reúne um conjunto de posições filosófico-teológicas recolhidas da tradição filosófica ocidental, desde os filósofos pré-socráticos". Para eles, esses *quatro princípios* são deveres *prima facie.*[46] Já Pessini considera que a "simplicidade e diretividade" dos princípios forneceram "uma linguagem para falar com um novo público, formado por médicos, enfermeiros e outros profissionais da área da saúde. A bioética tornou-se principialista [...]".[47] Assim, observa-se quanto ao conteúdo desses princípios:

O *princípio do respeito pelas pessoas***,** também chamado de princípio da *autonomia* traz em si uma ideia que excede o significado etimológico da palavra autonomia "que deriva do grego '*autos'* (próprio) e '*nomos'* (regra), que quer dizer autogestão, ou autogoverno das cidades-estado independentes gregas", e está relacionado à tomada de decisão "no cuidado com a saúde, que deve ser norteado pelo consentimento e recusa informada, a veracidade quanto aos fatos que afetam o paciente".[48]

Continuando a linha de raciocínio em Regina Sauwen e Severo Hryniewicz, sempre que possível, o paciente deve poder dar sua "anuência", já que é o "proprietário de seu corpo e de sua mente" e em uma abordagem mais atual, o ser autônomo é também aquele que não se limita por elementos externos "como a pobreza, as doenças físicas ou mentais, [...] sofrer coação física, moral ou política etc...".[49]

---

[45] CARVALHO, Thais Dai Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto Eugênico: uma questão biojurídica. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 457.

[46] Segundo ROSS, In: SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 25, "um dever *prima facie* é uma obrigação que deve necessariamente ser cumprida, a menos que entre em conflito, numa situação particular, com outro dever de igual ou maior porte. É um dever obrigatório, salvo quando for sobrepujado por outras obrigações morais simultâneas." Grifou-se.

[47] PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.12. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 09 Jun. 2014.

[48] RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos Constitucionais da Bioética**. 2006. 322. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade de Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 58. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp026313.pdf Acesso em: 15 Jun. 2014.

[49] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 26.

Nesse princípio, são encontradas “ao menos duas convicções éticas: a primeira, que *os indivíduos devem ser tratados como entes autônomos*; a segunda, que *as pessoas cuja autonomia está diminuída devem ser objeto de proteção*.” Grifou-se.[50]

Na resposta à pergunta “por que devemos respeito às pessoas?”, Beauchamp e Childress, desenvolvem o pensamento de Immanuel Kant no que tange ao valor incondicional que todas as pessoas têm e discorrem que a violação da autonomia de uma pessoa equivale ao tratamento dela como um meio, “de acordo com os objetivos de outros, sem levar em conta [...] que as pessoas são fins em si mesmas, capazes de determinar o próprio destino.”[51]

O *princípio da não-maleficiência* traz em sua essência a obrigação de “não causar danos intencionais”, cuja gênese está no preceito hipocrático “*primum non nocere*” (primeiro não causar danos).[52] A distinção entre este e o princípio da beneficência é feita com embasamento em Beauchamp e Childress, e há, de fato, uma diferença importante entre eles, pois, enquanto o primeiro traz uma obrigação negativa “(por exemplo, não matarás, não roubarás [...])”, o segundo a faz positivamente “([...]reparte teus bens com o necessitado, diz a verdade [...])” e isto implicaria em uma força maior para o princípio da não-maleficência, tendência que pode mudar na análise da sua aplicação ao caso concreto. [53]

Além das exigências do respeito à autonomia alheia e da não-maleficência, o *princípio da beneficência* nos ressalta que a vida moral também nos exige que façamos nossa parte, contribuindo positivamente para o bem-estar das pessoas. Trazendo à prática, pode-se considerar, por exemplo, as intervenções da biomedicina tendentes a uma ação positiva na saúde, mas, numa análise pormenorizada, junto ao benefício estes procedimentos podem, de forma geral e potencial, incluir riscos e causar complicações. Por isso, para Beauchamp e Childress seria indispensável levar em conta o princípio de utilidade, que também poderia ser chamado de princípio de proporcionalidade, já que os benefícios devem

---

[50] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 42.
[51] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 143. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false > Acesso em: 09 Jun. 2014.
[52] LOLAS, Fernando. **Bioética:** O que é, como se faz. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 63.
[53] FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 128-129.

ser suficientes “para contrabalançar os danos ou incômodos que pudessem ser decorrente de nossa intervenção”.[54]

Expressão da justiça distributiva, o *princípio da justiça* “requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde”.[55] Pois, como lembram Ferrer e Álvarez:

> A justiça tem a ver com o que é devido às pessoas, com aquilo que de alguma maneira lhes pertence ou lhes corresponde. Quando a uma pessoa correspondem benefícios ou responsabilidades na comunidade, estamos diante de uma questão de justiça. A injustiça inclui uma omissão ou perpetração que nega a alguém ou lhe tira aquilo que lhe era devido, que lhe correspondia [...].[56]

Ainda segundo este princípio, é preciso proporcionar um tratamento igual quando se leva em conta a essência humana de cada pessoa, e desigual quando se consideram as circunstâncias, os méritos e as condições de cada um em seu meio social, a fim de equilibrarem-se as disparidades.[57]

Para Fernando Lolas, é totalmente natural que estes quatro princípios não abarquem o universo das situações possíveis e não seria esse o objetivo de um princípio, senão fornecer uma “formulação unificadora de normas” para operar através de sua desconstrução e manifestar assim sua “exequibilidade” através de sua racionalidade. O que esse esforço da Comissão americana possibilitou foi a “simplificação que confere ao processo de discernimento bioético, convertendo-o em procedimento”.[58]

Já Ferrer e Alvarez consideram que esses princípios continuam sendo úteis, nos dias de hoje, inclusive “irrenunciáveis” para uma reflexão bioética, por captarem e instituírem as balizas, os “pilares constitutivos da vida moral” e usam, ainda, a expressão: “pontos cardeais da vida moral no âmbito da bioética” para defini-los.[59]

Mas, Vicente de Paulo Barreto vai além, e considera que princípios abstratos, desapegados da situação real não podem prever e arranjar situações oriundas do progresso científico. Para ele, a “determinação da responsabilidade” é sim um

---

[54] FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 132-133.
[55] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.
[56] FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, 138.
[57] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 26.
[58] LOLAS, Fernando. **Bioética:** O que é, como se faz. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 70.
[59] FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 151.

"procedimento racional que não se satisfaz com a subsunção[60]" e exige aprimoradamente o respeito a dois momentos: no primeiro, considera-se que a ação para ser moral deve ser universalizável; e no segundo, somente quando forem avaliadas as "condições e as possíveis consequências da intervenção no mundo da vida" é que as ações poderão ser consideradas boas e responsáveis.[61]

1.1.3 Uma forte interação comunicacional

Vida, morte, saúde, doença, sexo, procriação, etc são temas universais cuja discussão afeta a todos; logo, não podem ficar a cargo de uma disciplina isolada. Por isso, a interdisciplinaridade é indispensável à bioética. Devido à atividade crítica que lhe é característica, costuma-se associá-la à ética filosófica, o que não interfere em sua íntima aproximação com os estudos de áreas como a teologia, a filosofia, a sociologia, o direito, a medicina, a genética, a biologia, a psicologia, a economia, a ciência política, a demografia "e todas as outras que forneçam algum subsídio aos estudos a respeito da vida humana e de tudo aquilo que a ela se destina".[62]

As dificuldades oriundas do ajustamento de linguagem entre os especialistas, no caso da bioética são agravadas pelo afastamento e oposição entre os campos de atuação das disciplinas envolvidas, como, por exemplo, ética e religião, ciências humanas e ciências naturais... Nesse sentido, as questões são enfrentamentos aos

---

[60] "A subsunção pode ser vista como um encaixe entre conceitos. O Direito é aplicado exclusivamente por meio da lógica. Trata-se do tradicional argumento, composto por três partes: a premissa maior, a premissa menor e a conclusão, donde, a partir da confrontação entre a premissa maior (o tipo legal) e a premissa menor (os fatos postos no caso concreto), chega-se à conclusão, à consequência legal para a hipótese fática vertente. Humberto Bergmann Ávila analisou com precisão a origem e a operatividade do raciocínio subsuntivo, demonstrando que no auge do positivismo jurídico do século XIX vigorava uma 'aplicação mecânica da lei (...) em que o Direito é o Direito escrito'. Vigorando a subsunção tem lugar um tipo de pensamento onde o sistema é fechado e imóvel, fundado numa dimensão a-histórica do Direito." In: MENKE. Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 50, abr. 2004, p. 9. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. v. 4, abr. 2011, p. 107. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000149e96cc1b952ee6c39&docguid=Icad29f402d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Icad29f402d4111e0baf30000855dd350&spos=2&epos=2&td=1524&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 nov. 2014.

[61] BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

[62] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 20-21.

"conflitos de valores encarados a partir de horizontes ideológicos que não são necessariamente homogêneos", como, por exemplo, a posição de uma equipe médica e de uma família agnóstica frente à ideia de um aborto eugênico pode diferir da ótica de uma mãe católica convencida da inadequação da prática abortiva. Ora, o confronto é a consequência natural de problemas colocados "em meio aberto", numa sociedade pluralista, tal como precisa ser o campo dos estudos bioéticos.[63]

Fernando Lolas observa, ainda, o fenômeno da "verticalidade do discurso técnico", gerado pela civilização ocidental, que "produziu" o especialista e o considerou algo muito refinado, dominador que é de um saber específico de forma acentuada, "inacessível aos outros", é premiado com dinheiro, poder e prestígio. Mas, nesse ínterim, um "efeito social importante" estaria aumentando o espaço de horizontalização dos discursos técnicos: "o diálogo entre peritos e leigos", característica central do "movimento de ética global", que é a bioética.[64]

Para ilustrar essa interação, Fernando Lolas traz o exemplo do comitê de Seattle, formado em 1962 em Washington, que foi chamado por ele de "um verdadeiro experimento social". Foi dado a um grupo de pessoas, muitas delas leigas em medicina, a difícil decisão sobre quem poderia receber a hemodiálise: um tratamento novo que se mostrara capaz de salvar vidas, mas que não havia sido, ainda, implantado de maneira suficiente para atender à demanda. A revista *Life* publicou o trabalho desse comitê com o título: "Eles decidem quem vive e quem morre". A atuação dos integrantes levou em conta a história de vida dos doentes, não apenas sua história clínica, num procedimento de "tomada de decisões no campo médico que transcendia à profissão médica"; para Fernando Lolas, "um verdadeiro comitê de ética".[65]

Também para Alvaro Valls, as questões trazidas pelo desenvolvimento biotecnológico parecem exigir hoje uma "nova formação aprofundada, especializada, sim, mas também interdisciplinar, pois é especializada ao redor de problemas, e não de disciplinas ou profissões." Além desse desafio, observa-se a frustração moral dos médicos brasileiros ao se verem, forçados a fracassos – como a perda de vidas preciosas - para não desrespeitar uma legislação que aparenta atraso; espremidos

---

[63] HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 59.
[64] LOLAS, Fernando. **Bioética:** O que é, como se faz. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 38.
[65] LOLAS, Fernando. **Bioética:** O que é, como se faz. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 17-39.

entre seus princípios e os limitados recursos de que dispõem. A busca cotidiana pelo melhor possível ao invés da busca pela perfeição seria, neste contexto, o melhor norte a ser seguido. Sendo assim:

> Parece que os grupos de reflexão interdisciplinares sobre as questões da bioética têm, então, um importante futuro pela frente. Para esses grupos são convocados todos os envolvidos no setor da saúde, e não só os técnicos, aqueles que conhecem os meios, *mas também aquelas pessoas que se preocupam principalmente com os fins a serem atingidos*.[66] (grifou-se)

Seguindo a linha de mitigação de conflitos, Fernando Lolas prefere usar a expressão "atenuar os dilemas", pois os problemas "cujas soluções lançam novos problemas" são assim melhor nominados, e "dissolver" ao invés de resolver representa melhor a ação que se espera desse diálogo descrito por ele como o "instrumento social fundante do discurso bioético" para se chegar a uma "superior síntese simpática do consenso desejado e perseguido".[67]

E, ainda, só faz sentido procurar as causas dos problemas bioéticos – na busca pelo consenso – se isso for feito em uma "sociedade pluralista", em um meio aberto, num "espaço público neutro", independente de dogmas, em que as "crenças comunitárias" possam "coexistir e debater o sentido e o valor da vida e da morte", o contrário disso, o isolamento, o debate em um meio fechado e "homogênio" seria o próprio deturpamento da bioética.[68]

O conceito de Hottois e Parizeu para as comissões de ética é: "estruturas administrativas encarregadas de diversas funções em bioética". Elas podem ser separadas pela dependência que possuem em relação a uma *instância nacional ou supranacional* (de natureza permanente ou *ad hoc*[69]) tal como um organismo internacional ou um Estado; e as dependentes de uma *instância local* como, por exemplo, um hospital, uma universidade ou associação médica. Esta última categoria subdivide-se em *comissão ética de investigação*, "encarregada da avaliação de protocolos científicos" e *comissão de ética clínica*, destinada à

---

[66] VALLS, Alvaro L. M. **Da Ética à Bioética**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 133.
[67] LOLAS, Fernando. **Bioética:** O que é, como se faz. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 10.
[68] HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 59.
[69] Ad Hoc é uma expressão em latim que corresponde a: "Para isto. Substituição temporária para o caso específico." In: MIRANDA, Maria Bernadete. **Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas**. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/livros/apostila6.pdf> Acesso em: 26 Nov. 2014.

consulta, criação de políticas e educação em meio hospitalar.[70]No entanto, em outra classificação, elas dividir-se-iam em três categorias: comissões de ética para a pesquisa científica, comissões nacionais de ética, e comissões hospitalares de ética.[71]

O surgimento das primeiras comissões foi observado nos Estados Unidos, no ano de 1960 e, paralelamente a isso, países como Grã-Bretanha, Alemanha, Suécia e Áustria também registraram suas comissões semelhantes, inicialmente ligadas ao nascimento da indústria farmacêutica e à necessidade de tornar precisa a noção de consentimento esclarecido, desenvolvida a partir de Nuremberg em 1947. É trazida na Declaração de Helsinque, em 1964 a recomendação da consulta pelos "promotores de protocolos de pesquisas" a comissões "encarregadas de controlar a forma como o consenso é obtido e a qualidade da informação dada aos doentes que participem nas experiências".[72]

E, essa ideia manteve-se na segunda versão da Declaração de Helsinque, já em 1975, que determinava a obrigatoriedade de que projetos e a "experimentação em seres humanos seguissem protocolo aprovado por uma Comissão de Ética independente na tomada de decisões no exercício de suas funções, que terá sempre caráter multi e transdisciplinar". Tais pesquisas só poderão prosperar com parecer eticamente favorável desta comissão a partir de critérios que levem em conta os riscos, os benefícios, o adequado "termo de consentimento pós-informação, etc". E o que torna essas comissões qualificadas para tal análise é a sua constituição, formadas que são por médicos, filósofos, sociólogos, enfermeiros, religiosos, especialistas em ética, cientistas, leigos...[73]

Em um plano ideal, Alvaro Valls ressalta que as capacidades destes indivíduos precisam ir além do "pensamento acostumado aos procedimentos científicos", pois a tarefa exige sensibilidade, "reflexão mais larga e filosófica", sensatez e prudência; e se, para além da razão humana, o fundamento for uma revelação divina, que não haja nela o fanatismo, e que seja possível a busca - no

[70] HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 81.
[71] PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 151.
[72] PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 152.
[73] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 768.

próprio “cabedal religioso” - pelas “grandes leis regedoras das relações entre os filhos de Deus”, de onde poderá surgir um consenso.[74]

Na reflexão de Lenoir, “precisamos admitir que o progresso científico não garante o progresso moral nem os direitos do homem. É bom lembrar que, em matéria de valor e ética, os *experts* não sabem mais que qualquer um entre nós”. [75]

Postura contrária à análise casuística pelos comitês de bioética é encontrada na lição de Barreto, que traz a noção de responsabilidade para a bioética e sugere “um modelo em que a prática das virtudes substitua os mecanismos abstratos e intelectuais”, considerado por ele um desafio para a “teoria da responsabilidade na sociedade tecnocientífica”. Nessa proposta, a dignidade da pessoa humana[76] é “categoria primordial da Bioética, a servir como princípio em torno do qual se procura responder à pergunta sobre o tipo de pessoa que queremos ser e qual a sociedade que pretendemos construir.”[77]

Ainda sobre a ideia do princípio da responsabilidade, Letícia Möller conclui que, em Hans Jonas, “se faz premente a renúncia ao ideal utópico, em nome da cautela e da responsabilidade, como resultado de reflexão acerca do preço a pagar pelo sonho de progresso.” Para ela:

> Parece-nos possível afirmar, frente ao contexto de grande poder fornecido pela ciência e pela tecnologia, que o princípio de ação responsável (voltado para o presente e também para o futuro) vem sedimentando-se cada vez mais em nossos dias, fruto da percepção difusa de que a liberdade científica

[74] VALLS, Alvaro L. M. **Da Ética à Bioética**. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 132-133.
[75] LENOIR *apud* PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de bioética. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 151.
[76] “A Constituição Brasileira de 1988, no art. 10, inciso III, elegeu o “princípio da dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim como o Brasil, inúmeros outros países têm na sua Carta Magna de constituição da Nação a invocação desse princípio [...] trata-se de um conceito fundamental, basilar, que aponta para um horizonte de sentido desde a Antiguidade clássica, passando pela cultura judeu-cristã e na contemporaneidade fundamenta os documentos mais importantes da humanidade. Após a experiência desastrosa da II Guerra Mundial (1939-1945), com a destruição de milhões de vidas humanas, a humanidade tentou se unir em torno da ONU (Organização das Nações Unidas) e aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10/12/1948). Destacamos do preâmbulo: ‘que o reconhecimento da *dignidade inerente a todos os membros da família humana* e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo’ (grifo nosso)”. PESSINI, Leo. Qual antropologia para fundamentar a bioética em tempo de incerteza? In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010, 36-37.
[77] BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 20.

> e o progresso geram dilemas éticos e, se não encontram limites, podem produzir danos tanto à sociedade de hoje como àquela de amanhã.[78]

Nesse apanhado bibliográfico, tem-se um esboço acerca da existência de um campo de estudos que se inclina sobre questões que tocam à humanidade como espécie e a cada ser humano, na sua integralidade e dignidade; sejam dilemas seculares, como vida e morte, sejam reflexões extremamente inéditas, trazidas por uma era de incríveis possibilidades científicas e tecnológicas... A necessidade de respostas move a inteligência humana para um olhar mais amplo, aglutinador, num esforço onde nenhum ponto de vista pode ser ignorado, pois é à vida que se precisa responder.

1.2 . BIOÉTICA E BIODIREITO

1.2.1 Distinção dos termos - Intersecção conceitual - Interface de sentidos

O biodireito nasce da convocação social por respostas a fatos novos trazidos pelo progresso da ciência. Nesse contexto, “a comunidade jurídica precisa reavaliar e rever muitos de seus instrumentos metodológicos, produzidos no seio de um paradigma em plena decomposição”. Novos modelos são necessários à “criação de estruturas jurídicas de resposta” e, para isso, o jurista deve “recorrer a valores e princípios que estão acima de qualquer revolução social ou científica”, tal como o valor da vida humana.[79]

Para Adriana Maluf, o biodireito é um “novo ramo do estudo jurídico”, que resulta do “encontro entre a bioética e o direito” e insere-se no âmbito do Direito Público. Além disso, ele estaria associado às seguintes áreas: Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional. A autora visualiza-o como “o

---

[78] MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e Responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 36.

[79] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 46-47.

caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana".[80]

O biodireito, também para Coan, é um novo ramo do direito. E engloba os direitos de quarta geração[81], "cujas exigências estão concentradas nos efeitos cada vez mais traumáticos dos avanços tecnológicos na biomedicina, nos quais se quer fundamentar a esperança de construção de uma nova humanidade". É visto por ele como um dos campos "mais polêmicos e férteis do Direito atual", isto porque os operadores que lidam com o biodireito possuem a "responsabilidade ético-profissional" de lidar com questões relacionadas à vida na sociedade contemporânea, cujo drama centra-se na máxima: "a natureza do Direito resulta da natureza mesma do homem"[82], ou seja, estando em questão os problemas do homem, vem à tona o (problema) dos fundamentos do Direito.[83]

Neste mesmo sentido, Araújo considera competência do biodireito "mediar a tensão dialética entre liberdade científica e dignidade da pessoa humana", buscando a harmonia entre os "valores assegurados a cada indivíduo e que devem ser respeitados" e a "necessidade humana de buscar novos conhecimentos". Ou seja, uma compatibilização entre os papéis da Ciência e do Direito; do uso da técnica e da preservação dos direitos fundamentais, através do apontamento de limites para a manipulação da vida e da "identificação dos valores a serem preservados, relacionando-os com o progresso científico". Ainda na visão dela:

> Biodireito não se confunde com Bioética. A Bioética, a rigor, conforme elucida Schramm, [...] ocupa-se do estudo sistemático da moralidade resultante da aplicação das tecnicociências da vida e da saúde à vida humana, em vista não de preservar a vida enquanto tal, mas enquanto provida de qualidades (a serem definidas). Percebe-se, todavia, que o estudo do Biodireito é mais abrangente, pois estuda o conjunto de princípios

[80] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.16-17.

[81] Direitos de quarta geração são também chamados de "Direitos da era digital" por Eliana Calmon, que os identifica como preocupações não mais apenas com a vida, mas com a qualidade de vida, em uma realidade em que "se tornou possível alterar não somente a constituição do ser vivo, mas também o equilíbrio ecológico". In: CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 39, jul. 2001, p. 41. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos.** v. 1, ago. 2011, p. 229. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000148becfda30939f9324&docguid=Id3ea59b02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id3ea59b02d4111e0baf30000855dd350&spos=5&epos=5&td=1483&context=8&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 28 set. 2014.

[82] Expressão original em latim: *natura juris ab hominis repetenda est natura.*

[83] COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios Bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 248-249.

> e regras que visam *a tutela da vida e de sua inviolabilidade* (arts. 5.º, caput e 225, da CF/1988 [...]). A bioética se preocupa com a conduta humana (bíos) enquanto o Biodireito tutela a vida (zoé e bíos), ou seja, o direito da vida.[84] (grifou-se)

Contrariando a noção de "um novo ramo do direito", Henrique Pereira lembra que

> A bioética, após realizar um debate ético e filosófico, atua na sociedade pelo sistema jurídico, formando o caráter do Biodireito, que regulamentará os conceitos éticos estruturados em determinada sociedade. Lembrando que essa 'nova categoria' *não implica o surgimento de uma área jurídica específica*, pois isso remeteria à criação de um Código de Biodireito, o que deturparia e impediria a possibilidade de uma atuação constante da Bioética em todo o sistema jurídico. O Biodireito envolve normas que se destinam a proteger a vida e a saúde humanas; todavia, para se poder dar efetividade a tal objetivo*, é necessária uma percepção ampla e sistêmica que possibilite a observação de toda a ecologia do ser humano e de suas implicações com a vida.* (Grifou-se)[85]

Dessa análise semântica, nota-se um ponto de intersecção entre as concepções de Bioética e Biodireito, o objeto central do qual ambos os estudos se ocupam: a vida - significado atribuído ao radical grego "bios" contido numa e noutra expressão. Mas, logo a seguir, partindo desse encontro, os caminhos tomam rumos diversos, à medida que se distanciam os conceitos de ética e de direito, conforme se depreende da explanação da autora.

Partindo-se dessa perspectiva, a primeira análise que se propõe é a da ideia trazida pela palavra ética. O termo é cunhado a partir da palavra grega *ethos*, que significa "modo de ser" ou "caráter", "enquanto maneira de vida que o homem adquire ou conquista".[86] Essa expressão foi a primeira a representar a atitude do

---

[84] ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierres. Biodireito: o direito da vida. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** v. 51, abr. 2005, p. 111. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos.** v. 2, ago 2011, p. 25. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000148be1e3e9099fbeec1&docguid=I6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=57&context=22&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 set. 2014.

[85] PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe**. Bioética e Biodireito**: um desafio interdisciplinar em nome da garantia e da proteção à vida. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/henrique_mioranza_koppe_pereira.pdf> Acesso em: 05 abr. 2015.

[86] SOUSA. Luiz Gonzaga de. **Ética e Sociedade**. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=j3UGWXKgl2UC&pg=PA125&dq=o+que+%C3%A9+%C3%A9tica&hl=pt-BR&sa=X&ei=XMVTVI2RMMPIsATOroAY&ved=0CEkQuwUwCA#v=onepage&q=o%20que%20%C3%A9%20%C3%A9tica&f=false> Acesso em: 31 Out 2014, p. 125.

"correto proceder", tanto é assim que "toda profissão regulamentada tem seu Código de Ética".[87]

Para Adolfo Vásquez, ética é "um conjunto sistemático de conhecimentos racionais e objetivos a respeito do comportamento humano moral", e ainda, "teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, ou seja, é ciência de uma forma específica de comportamento humano" [88.] Na lição de Emile Durkheim:

> As regras da moral individual têm por função fixar, na consciência do indivíduo, as bases fundamentais e gerais de toda a moral; é nessas bases que descansa todo o resto. As regras, ao contrário, que determinamos deveres dos homens uns para com os outros, pelo simples fato de serem homens, são a parte culminante da ética, o ponto mais elevado, a sublimação do resto.[89]

Em Aristóteles, o homem é um ser "feito para a convivência social" e, por isso, o "sumo bem" não estaria relacionado à "vida individual humana", mas sim ao "organismo superindividual do Estado" logo, "a ética vai culminar na política". [90] Sendo como uma espécie de busca pela felicidade, sua realização não tem como ser permanente, é, ao invés disso, um constante almejar. Sua instantaneidade e temporalidade expressam a característica da "atitude do homem consigo mesmo, com o outro e com o mundo." [91]

Já Alvaro Valls, traz da ideia de Immanuel Kant[92] em que a moral é considerada como a racionalidade humana, que deveria guiar o agir do homem em direção ao respeito pelo "dever", que "obriga moralmente a consciência moral livre". O ideal ético em Kant é de uma "ação moral universalizável", pois "se todos os homens são iguais, e se todos são racionais [...] será possível tentar restabelecer uma moral deduzida a partir de um *imperativo categórico"*. Esse Imperativo a balizar a ação humana seria algo como: "age segundo aquela máxima que possas a todo

---

[87] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 38-39.
[88] VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Disponível em: < minhateca.com.br/sergioelds/Documentos/Livros+de+filosofia+e+pol*c3*adtica/*c3*89TICA/ADOLFO+S*c3*81NCHEZ+V*c3*81SQUEZ+-+*c3*89tica,10628829.doc> Acesso em: 31 Out. 2014.
[89] DURKHEIN, Émile. **Lições de Sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.4.
[90] ARISTÓTELES. **A Ética**: textos selecionados. 2. ed. Traduzido por Cássio M. Fonseca. São Paulo: Edipro, 2003, p. 16.
[91] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 39-40.
[92] "Alemão prussiano Kant (1724-1804) [...] buscava uma ética de validade universal, que se apoiasse apenas na igualdade fundamental entre os homens. Sua filosofia se volta sempre, em primeiro lugar, para o homem, e se chama *filosofia transcendental* porque busca encontrar no homem as condições de possibilidade do conhecimento verdadeiro e do agir livre." In: VALLS. Alvaro L. M. **O que é Ética**. Editora Brasiliense, 1994. Disponível em: <http://www.fara.edu.br/site/servicos/downloads/colecao/etica.pdf> Acesso em: 31 Out. 2014, p. 16-18.

tempo querer que se tornasse uma lei universal", ou seja, não se deveria agir, quando não se quisesse ver tal ação tomada de maneira generalizada, por todos. [93]

Outra fórmula, ainda em Immanuel Kant, para esse Imperativo, observa Alvaro Valls, é aquela que diz: "age sempre de modo a tratares a humanidade, em ti e nos demais, como um fim último, e nunca apenas como um meio". O que "equivale a dizer que os seres humanos, ao contrário das coisas, não têm um 'preço', mas possuem, isto sim, uma 'dignidade'". [94]

Desse apanhado, nota-se que a ética, como "ciência do costume"[95], tendo a moral como seu objeto[96] – em Immanuel Kant: o pensamento racional livre de cada indivíduo – está preocupada com o agir do homem em sociedade, contexto que é o meio de realização da natureza humana, para Aristóteles. E, através do pensamento kantiano, chega-se a um ideal de conduta sendo considerado universalmente, o agir individual que exerce consequências no todo, possivelmente um ponto de partida para a noção do respeito e da dignidade da pessoa humana[97].

Nas palavras de Carlos Ayres Britto, "somente vivendo em sociedade é que as pessoas naturais encontram ambiência favorável à realização cabal do ser psicossomático e anímico que elas essencialmente são". Para ele, a sociedade pressupõe, mais do que uma agregação de pessoas, a "identidade orgânica do grupo" e ainda, uma *organização*, "que se traduz no conjunto de normas de comportamento do todo social e de cada um dos seus componentes". Parafraseando Jacob Bazarian, Carlos Ayres Britto explica que "a história deve evoluir não apenas no sentido da socialização cada vez maior dos homens, mas, também, no sentido da humanização cada vez maior da sociedade". [98]

A partir disso, o Direito, doutrina Miguel Reale: "aos olhos do homem comum" e em uma "noção consagrada pelo uso", "é lei e ordem, isto é, um conjunto de

---

[93] VALLS. Alvaro L. M. **O que é Ética**. Editora Brasiliense, 1994. Disponível em: < http://www.fara.edu.br/site/servicos/downloads/colecao/etica.pdf> Acesso em: 31 Out. 2014, p. 19-21.
[94] VALLS. Alvaro L. M. **O que é Ética**. Editora Brasiliense, 1994. Disponível em: < http://www.fara.edu.br/site/servicos/downloads/colecao/etica.pdf> Acesso em: 31 Out. 2014, p. 19-21.
[95] ARISTÓTELES. **A Ética**: textos selecionados. 2. ed. Traduzido por Cássio M. Fonseca. São Paulo: Edipro, 2003, p. 15.
[96] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 39.
[97] VALLS. Alvaro L. M. **O que é Ética**. Editora Brasiliense, 1994. Disponível em: < http://www.fara.edu.br/site/servicos/downloads/colecao/etica.pdf> Acesso em: 31 Out. 2014, p. 19-21.
[98] BRITTO, Carlos Ayres. A Sociedade e o Direito. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 1, jun. 2011, p. 51. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001496b7cdaa7ab5aed77&docguid=I2afba590682111e181fe000085592b66&hitguid=I2afba590682111e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 01 Nov. 2014.

regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros". Para ele, "direção, ligação e obrigatoriedade" estão nesse conceito intuitivo de Direito, já que da etimologia da palavra lei, vem a ideia de "ligação, liame, laço, relação, o que se completa com o sentido nuclear de jus, que invoca a ideia de jungir, unir, ordenar, coordenar". Na concepção de Reale:

> O Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais. [99]

As várias fontes de "produção das regras que disciplinam a interação humana", segundo Carlos Ayres Britto, a "moral, a religião, as convenções sociais e o direito", possuem sua importância ao disciplinar "na sociedade dos homens, valores que lhes são específicos (o bem, o santo, a etiqueta, o justo etc.)". Entretanto, certamente "sobreleva a essencialidade das (fontes) que são constitutivas da realidade jurídica, por serem as únicas que prescindem da adesão das pessoas ao comando que nelas se enuncia". Por isso, exclusivamente as regras do direito, são "expedidas pelo Poder Público (ou, pelo menos, com o seu consentimento)" o que implica estarem "revestidas dos atributos da coercibilidade[100] e da heteronomia[101]"; e ainda, possuem o "traço da bilateralidade-atributiva[102]", pois "ao prescrever deveres, o fazem com a atribuição de correlatos direitos".[103]

---

[99] REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. Disponível em: <http://www.ead.unb.br/aprender2013/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale> Acesso em: 01 Nov. 2014, p. 01-21.

[100] "O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força." In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46-47.

[101] "Essa *validade objetiva* e *transpessoal* das normas jurídicas, as quais se põem, por assim dizer, acima das pretensões dos sujeitos de uma relação, superando-as na estrutura de um querer irredutível ao querer dos destinatários, é o que se denomina *heteronomia*. Foi Kant o primeiro pensador a trazer à luz essa nota diferenciadora, afirmando ser a Moral *autônoma*, e o Direito *heterônomo*. [...] Dizemos, então, que o Direito é *heterônomo*, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir." In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

[102] "*Há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo.* Quando um fato social apresenta esse tipo de relacionamento dizemos que ele é *jurídico*. Onde não existe proporção no pretender, no exigir ou no fazer não há Direito, como inexiste este se não houver garantia específica para tais atos." In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

[103] BRITTO, Carlos Ayres. A Sociedade e o Direito. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 1, jun. 2011, p. 51. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srgui

Para Ferrez e Álvarez, ética e direito estão “intimamente relacionados”, mas “não são, de modo algum, idênticos”. Em suas palavras: “as questões morais mais candentes costumam ser também questões legais, porque afetam a convivência social e a ordem pública”. Em suas palavras:

> Algumas das questões mais candentes hoje em bioética também são problemas dos quais tem que se ocupar o legislador: a clonagem e outras práticas de procriação assistida, o aborto, o suicídio medicamente assistido, a eutanásia, a distribuição dos recursos sanitários e a proteção do ambiente, entre outras. Nenhuma dessas questões pode estar ausente do debate bioético e todas elas exigem também a atenção dos legisladores, juízes e juristas. De fato, nos últimos anos nasceu uma nova especialidade jurídica: *o biodireito*.[104]

Portanto, a vida em sociedade depende tanto das noções éticas e seus estudos acerca do comportamento humano, quanto do direito, também baseado na ética, mas sendo este o “único meio capaz de acrescentar segurança e justiça através de sua força simbólica e cogente”.[105]

Após o vislumbre das noções de ética e de direito, fundamentais na visão sugerida, por serem as matrizes respectivamente para a bioética e o biodireito, passa-se a observações acerca de algo que une a ambos: o valor da vida humana; a *dignidade,* “palavra-chave, amada tanto pelos filósofos quanto pelos juristas e bioeticistas”[106].

Na filosofia, mais do que em qualquer área do pensamento, “a preocupação com o ser humano tem uma longa tradição”. Filósofos das mais variadas linhas, “desde os sofistas e Sócrates, no século V a.C. até os dias atuais”, procuram uma “definição de sua natureza, ao mesmo tempo que se notabilizam pelo esforço em defender sua dignidade”.[107]

O homem, para Miguel Reale, é “o único ser capaz de valores”. Existe nele “algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento”, uma capacidade de “outorgar sentido aos atos e às coisas”. Ao mesmo tempo, “ele *é* e

---

d=i0ad6007a000001496b7cdaa7ab5aed77&docguid=I2afba590682111e181fe000085592b66&hitguid=I2afba590682111e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 01 Nov. 2014.

[104] FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 46.

[105] CONTI, MATILDE Carone Slaibi. **Biodireito:** a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12.

[106] D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da Filosofia do Direito. Traduzido por Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 73.

[107] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59.

deve ser, tendo consciência dessa dignidade", tal é a capacidade humana, em que "a natureza é transformada pelo homem para satisfação de seus fins" e "sobre uma ordem de coisas naturalmente dadas, o homem constitui um segundo mundo que é o mundo da cultura". E Reale vai além: "o homem vale como homem *na* sociedade, ainda que só milênios após tenha podido atingir a consciência de sua individualidade ética e de sua coparticipação a uma 'comunidade de pessoas'".[108]

O termo *pessoa*, para além dos "sentidos restritos" que lhes eram atribuídos no teatro e no "direito de seu tempo"[109], foi utilizado pela primeira vez pelo filósofo cristão Severino Boécio (480-524), que passou a usar a palavra *pessoa* com o significado de "todo ser humano". Nessa perspectiva, o "ser humano é pessoa por causa de sua importância e de sua autonomia" e ainda, "todos os seres humanos são racionais e todos os seres racionais são pessoas." No "pensamento moderno", o autor mais influente acerca das "abordagens sobre a pessoa humana foi, sem dúvida, Immanuel Kant (1724 – 1804)".[110]

Nesse ínterim, "quando Kant dizia: - 'Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas' –, dando ao mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência." A isso, acrescenta Reale que ao estudar a *cultura*, o homem "não faz senão estudar a si mesmo", em suas palavras:

> Quando verificamos a existência de valores na História, a objetividade desses valores implica um *dever*, porque *estamos, no fundo, obedecendo a nós mesmos, em nosso significado universal de homens*. O dever ser dos valores vem daí, da fonte de que eles promanam. [111]

Em um giro pela história, Regina Sauwen e Severo Hryniewicz salientam que o iluminismo[112] defendeu "o direito à liberdade e à igualdade humana", os

---

[108] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207-210.

[109] O conceito de pessoa, no texto de Valls, é proveniente do teatro antigo "referindo àquela máscara que revestia o ator caracterizando a personagem e dando-lhe assim uma face e uma boca, por onde soava sua fala – daí *per-sona* [...]".VALLS, Alvaro L. M. **Da Ética à Bioética**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 128. No direito, à época de Boécio, usava-se o termo *persona* "para designar sujeito jurídico". SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro"** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 60.

[110] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 60.

[111] REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

[112] "Iluminismo, movimento culminante da revolução cultural e intelectual que marcou o pensamento europeu dos Séculos XVII e XVIII. [...] Do iluminismo resultou a convicção de que o Governo poderia criar uma sociedade melhor, mais livre e igualitária. E o Direito seria o instrumento adequado à realização dessa ideia, com a sistematização da matéria jurídica em um corpo já unitário e homogêneo, chamado Código." In: AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 2. out. 2010, p. 995. Disponível em:

movimentos humanistas do século XIX “pregaram a necessidade de uma real igualdade de direitos entre os homens”, o Tribunal de Nuremberg “condenou veementemente todas as práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana” ocorridas durante a II Guerra Mundial, “produzindo a famosa Declaração de Nuremberg e criando um clima favorável à promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (10/12/1948)”. Ressalta-se que, antes disso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) havia sido, para os autores, a “coroação” do “conjunto de reflexões filosóficas sobre a pessoa humana”.[113]

Entender a ideia de dignidade humana, para Roberto Andorno, é mais fácil pela “via negativa, ou seja, a que parte de constatar as práticas violatórias da dignidade”, pois ela ajuda “a captar o conteúdo desta noção”, isto ocorre quando se traz ao cenário os “piores sofrimentos humanos (torturas, castigos degradantes, violências sexuais, privação de alimentos etc)” então, consegue-se perceber, “por contraste, o que significa a dignidade da pessoa”. Conceito que ele entende como “dificilmente definível”, mas “uma característica bem real dos seres humanos e não uma mera hipótese metafísica”. Esse fenômeno de percepção foi o responsável por permitir que, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, “se chegasse a surpreendente consenso na formulação da Declaração Universal de Direitos Humanos, inclusive entre pessoas das mais diversas e, [...] opostas, orientações políticas e filosóficas.” Apesar da dificuldade da definição, ele leciona:

> Pode-se dizer que, com este termo, se faz referência ao *valor único* e *incondicional* que tem a existência de todo ser humano, independente de qualquer ‘qualidade acessória’ que pudesse corresponder por razões de idade, estado de saúde física ou mental, origem étnica, sexo, condição social ou econômica ou religião É a sua condição humana como tal o que gera um dever de respeito para com o indivíduo, sem que seja exigível nenhum outro requisito adicional. A ideia de direitos humanos, que no fundo não é mais que uma consequência da noção de dignidade humana, se baseia precisamente nesta intuição. [114]

Outro entendimento importante da noção de dignidade humana é o que o amplia, não apenas considerando os “indivíduos atualmente existentes”, mas

---

<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014970db8db09adc80ff&docguid=If2d6a160682011e181fe000085592b66&hitguid=If2d6a160682011e181fe000085592b66&spos=7&epos=7&td=962&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 02 Nov. 2014.

[113] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 57.

[114] ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80-81.

abarcando também “a humanidade como tal, incluindo as gerações futuras”. Esse significado “tem ganhado força nos últimos anos em razão de certos desenvolvimentos tecnológicos que geram sérios riscos para a existência e identidade humana (por exemplo, clonagem reprodutiva [...])”. Nesse sentido, partindo-se do princípio que cada ser humano tem um valor intrínseco, “pose-se sustentar que o gênero ao qual pertencem (a humanidade) também possui um valor inerente”.[115]

Para Maria Helena Diniz, a bioética e o biodireito, por seu sentido humanista construído a partir do “reconhecimento do respeito à dignidade humana” não podem omitir-se em relação às “intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental”, pois as “ciências da vida”, apesar de trazer “enormes benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis”.[116] A essa declaração sobre as possíveis consequências das tecnociências, cumpre-se agregar as palavras de Hans Jonas:

> Ao princípio esperança, contrapomos o princípio responsabilidade, e não o princípio medo. Mas, certamente, o medo pertence à responsabilidade, tanto quanto a esperança. Já que ele tem uma imagem menos cativante, e mesmo uma certa má reputação psicológica e moral em círculos bem pensantes, vamos novamente assumir sua defesa, pois ele é hoje mais necessário do que foi em outros tempos, quando, confiando-se no rumo correto das ações humanas, se podia desprezá-lo como uma fraqueza dos pusilânimes e dos medrosos.[117]

Arrematando as considerações conceituais, “se a ética é o estudo do comportamento do homem, a Bioética é consequentemente o estudo desse comportamento moral em relação às ciências da vida”, e o biodireito se justifica pelo descompasso e anomia deflagrados por uma série de questões biomédicas que, levadas ao mundo jurídico, não encontram respostas satisfatórias. “O homem não pode viver sem limites, sem norma”, mas “as questões de Biodireito encerram no seu âmago problemas axiológicos, não podendo receber respostas simplesmente monopolizadas”.[118]

---

[115] ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81-82.

[116] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

[117] JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Traduzido por Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 351.

[118] CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.13

Para Elida Séguin, “a tarefa da bioética foi harmonizar o uso das ciências biomédicas e suas tecnologias com os Direitos Humanos, até que, com o ordenamento jurídico dessas situações, surgisse o Biodireito.”[119]

Entretanto, há críticas na doutrina quanto ao termo *biodireito.* Para Volnei Garrafa, esse “neologismo” é um “aleijão”, em sua concepção:

> Se a Bioética já veio como uma nova disciplina e requer um pouco e cada uma e a sua grande força é a multidisciplinaridade, imaginem se começam com a Biofilosofia; a Bioeconomia; a Biomedicina; a Biobiologia; a Biopsicologia? Não é essa a concepção. Há o perigo de usar esse modismo — que é francês, para variar, mas isso não significa que a França não esteja trabalhando seriamente. Nos países que estão atuando seriamente nessa área — a Inglaterra, por exemplo —, o grande tema é Bioética e Direito, Bioethics and Law. [...] *Se ‘Biodireito’ significar o Direito trabalhando as questões biotecnológicas, concordo, mas, se significar o ‘Biodireito’ com respeito à Bioética, discordo flagrantemente* e digo que isso é uma impureza conceitual e um erro metodológico e epistemológico grave. [...] A Bioética é mais ampla, é global, tem de abordar a vida como um todo. Refere-se à vida interplanetária, na qual a questão da biossegurança, da biodiversidade e de todos esses sistemas são da maior importância.[120] (Grifou-se)

Luciano Dalvi fala em “fomentar a discussão” quando alega que “se Direito Ambiental trata do meio ambiente, o Direito Biocientífico trataria das áreas afetas às pesquisas científicas biológicas”. E traz ainda as denominações encontradas no direito estrangeiro: “em Portugal é tratado como Direito Biomédico, [...] no Uruguai chama de Direito Biotecnológico”, enquanto França e Argentina adotam a nomenclatura Biodireito.[121]

Aline de Oliveira, por sua vez, prefere o uso do termo “bioética normativa”, pois questiona a autonomia do biodireito enquanto ramo jurídico independente já que, para ela, há uma “ausência de princípios específicos [...] que lhe confiram autonomia enquanto disciplina”, no seu ver, os princípios atribuídos a esse ramo, foram extraídos do direito constitucional ou da bioética.[122]

Encerram-se, assim, as ponderações acerca das características conceituais das palavras bioética e biodireito. E inicia-se a análise dos princípios atribuídos ao biodireito no diapasão do pensamento de Luciano Dalvi: “um ramo autônomo das demais áreas do direito por ter princípios diretores apropriados e uma lógica própria

---

[119] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 45.
[120] GARRAFA, Volnei. **Questões de Bioética**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero8/painel51.htm> Acesso em: 02 Nov. 2014.
[121] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.25.
[122] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 39-41.

que configura o ideal de suas correntes de pensamento"[123]. Sem, contudo, ignorarem-se os críticos de tal vertente teórica.

1.2.2 Princípios do Biodireito

Na tarefa de estruturar o biodireito, Heloísa Helena Barboza adverte para o risco da busca por um "correspondente jurídico" para a bioética, pois, segundo ela, o papel do biodireito é apontar quais as "normas jurídicas devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina", não se trata de mera transposição de normas bioéticas para o direito. E não se deve, contudo, preterir a bioética e o seu esforço antigo de construir um "suporte ético para as novas relações"; ela deve ser observada e orientar a formulação de normas jurídicas no que não contrariarem os princípios do direito.[124]

Alguns autores atribuem um rol de princípios ao biodireito como ciência[125], ainda que o rol que apresentam não tenha a pretensão de ser definitivo; outros preferem destacar entre os princípios de direito existentes os que podem ser adequados ao biodireito[126]. Seguem alguns dos principais princípios apresentados:

O *princípio da autonomia* está ligado à "capacidade de autogoverno do homem, no que tange principalmente às decisões sobre os tratamentos médicos e experimentação científica aos quais será submetido".[127] Esse conceito também é encontrado sob a denominação de *princípio do consentimento livre e informado***.** Trata-se de condicionar um tratamento ou experimentação à decisão voluntária e revogável de pessoa capaz, feita preferencialmente por escrito, após – e somente após – o esclarecimento sobre o diagnóstico, opções de tratamento, riscos, benefícios e possíveis consequências em que o procedimento implica. Os pacientes

---

[123] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.24.
[124] BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 70-71.
[125] Entre eles, cita-se: Elida Séguim e Luciano Dalvi.
[126] Entre eles, cita-se: Heloisa Helena Barboza
[127] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

que “são ou estão incapazes para consentir devem receber maior proteção”, e a informação deve vir numa linguagem acessível a leigos, sem os termos técnicos.[128]

O *princípio da beneficência* assegura que o bem-estar do paciente deve ser sempre levado em conta nos procedimentos a que vier a se submeter, e Luciano Dalvi destaca que essa preocupação já constava do juramento de Hipócrates, no trecho “aplicarei os regimes para o bem dos doentes segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja”.[129]

Além desses, o *princípio da dignidade humana,* como já visto anteriormente, visa a “proteção da vida humana em sua magnitude” e dever ser sempre observado nas práticas médicas e biotecnológicas.[130] Elida Séguin assevera que o respeito ao homem como fim, não como meio, é protegido pela Constituição, em suas palavras: “nossa Carta Magna elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo do ordenamento, estatuindo que a dignidade do homem é inviolável (art. 1º)”. [131] Alguns doutrinadores associam esse ao chamado *princípio da sacralidade da vida*.[132]

O *princípio da justiça* também é encontrado na estruturação do biodireito e diz respeito à “imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa científica e nas práticas médicas” tanto no âmbito nacional quanto no internacional.[133]

Outro *princípio* desse arcabouço é o *da cooperação entre os povos* ou *cooperação científica entre os países.* Esta denominação implica, para Elida Séguin, que “os países desenvolvidos devem compartir os benefícios das biociências e de suas tecnologias com os habitantes das áreas menos favorecidas do planeta e servir ao bem-estar de cada ser humano”. Para ela, este princípio tem sua função necessária, por exemplo, no embate entre a doença e a defesa insistente dos laboratórios sobre suas patentes de medicamentos, “mantendo fora do alcance dos

---

[128] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 52-54.
[129] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.17.
[130] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.
[131] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 50.
[132] Entre eles estão: Luciano Dalvi e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf.
[133] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

pacientes em especial os dos países mais pobres os tratamentos necessários para erradicar doenças ou minimizar seus efeitos".[134]

Já o *princípio da ubiquidade*, para Adriana Maluf, relaciona-se à necessidade de proteção do meio ambiente, da biodiversidade e do patrimônio genético em sua onipresença. Está ligado à "proteção constitucional da vida e da qualidade de vida" e deve ser levado em conta nas instituições de políticas legislativas. No âmbito do Direito Ambiental, o princípio em questão traz o foco ao "caráter de onipresença do meio ambiente – que é uno e indiviso – de forma que uma agressão ambiental em determinada localidade é capaz de trazer reflexos negativos a todo o planeta". E, no amparo ao patrimônio genético, visa "preservar, a qualquer custo, a manutenção das características essenciais da espécie humana".[135]

O *princípio in dúbio pro vita*, na visão de Luciano Dalvi, dispõe que a resposta em favor da vida deve vigorar, sempre que houver divergência.

> Por isso, na questão de manipulação de células tronco embrionárias, se houver dúvida da ciência, de quando começa a vida, deverá esta começar da concepção, com vistas proteger a pessoa integralmente, pois caso entendêssemos que a vida começa no quinto dia de gravidez ou quando houver a formação dos órgãos vitais, e mais adiante, a ciência entender que, na verdade, era na fecundação terá ocorrido a morte de milhares de vidas com a manipulação de células-tronco embrionárias.[136]

Une-se a este compêndio, o *princípio da precaução*, que implica na proibição do uso de determinada prática, caso ela gere dúvidas quanto à possibilidade de causar dano aos seres humanos ou ao meio ambiente e suas espécies. Assim, se a parte interessada não conseguir comprovar a segurança de um procedimento potencialmente danoso, não obteria autorização para o exercício dessa atividade. Esse preceito "está ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da sacralidade da vida e da ubiquidade, tendo em vista a preservação da higidez da espécie".[137]

---

[134] "Os soropositivos africanos representam 65% dos portadores do vírus da AIDS no mundo, e não recebem remédios em decorrência do custo [...]. Segundo o Banco Mundial, o número de óbitos em decorrência da AIDS, na África, logo superará o número de vítimas – 20 milhões – da epidemia de peste que devastou a Europa de 1347 a 1351, com a diferença de que naquela época os remédios contra o flagelo eram desconhecidos. É sabido que muitas dessas mortes podem ser evitadas, ou pelo menos adiadas, se a medicação estiver acessível aos pacientes." In: SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 57-58.

[135] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-20.

[136] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 21.

[137] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

A noção de responsabilidade associa-se a este princípio (também chamado de princípio da responsabilidade[138]) e traz a ideia de um agir "voltado para o presente e também para o futuro". Essa ideia está presente em documentos internacionais, tais como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos[139] e mais especificada em O princípio da Precaução[140] além de outras declarações internacionais que "fazem referência à proteção das gerações futuras, ao consagrar o genoma humano, e a diversidade natural e cultural, como patrimônios da humanidade".[141]

Retomando a perspectiva de Barboza, as regras do biodireito não podem, de forma alguma, preterir os princípios constitucionais, ou "princípios gerais de direito", pois estes "compreendem os valores primordiais de nossa sociedade, traduzindo, em sua maioria, direitos fundamentais do homem". Para ela, "os princípios constitucionais devem constituir os princípios do biodireito". Em suas palavras:

> Algumas de caráter mais geral, com eficácia derrogatória e diretiva de todas as regras que envolvam o ser humano, estão compreendidas dentre os Princípios Fundamentais (CF/88, Título I), como o princípio do respeito à dignidade, fundamento da República (CF/88, art. 1º, III), outras dentre os Direitos e Garantias Fundamentais (CF/88, Título II), quais sejam: direito à vida, à igualdade, à saúde. Normas mais específicas encontram-se no Título da Ordem Social (VIII), que dedica uma seção à saúde, qualificada como direito de todos e dever do estado (art. 196), um capítulo ao meio ambiente (art. 225) e outro à família, à criança e ao idoso (art. 226).[142]

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Francisco Vieira Lima Neto orienta:

> Diante dos problemas decorrentes do uso da biotecnologia e da necessidade de soluções jurídicas, devemos abandonar a fantasia do legislador racional e da sistematização do Direito em prol de uma análise

---

[138] "A ideia de um 'princípio responsabilidade' frente aos avanços da ciência ganhou forte impulso e sustento teórico com a obra de Hans Jonas. Já em 1966, refletindo sobre a necessidade de um sentido para o conhecimento científico, o filósofo alemão desenvolvera o conceito de uma 'biologia filosófica', a partir da consideração do ser humano como 'totalidade psico-física'". In: MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e Responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30-31.

[139] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, 2006. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf> Acesso em: 29 Out. 2014.

[140] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **O Princípio da Precaução**, 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf >Acesso em: 29 Out. 2014.

[141] MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e Responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39.

[142] BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74.

> tópica respeitando grandes princípios. Sugere-se, no campo do "biodireito": Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III); Princípio da Preservação do Patrimônio Genético Humano e da Biodiversidade (CF, art. 225, II); Princípio da Regulação Estatal (CF, art. 225, V); Princípio da Responsabilidade por Danos.[143]

Entre outros, os "princípios diretores apropriados", somados a uma "lógica própria que configura o ideal de suas correntes de pensamento", fazem do biodireito um ramo autônomo, para Luciano Dalvi. Tendo somente a dependência em relação à constituição, já que "lá está o fundamento lógico-jurídico que deve ornamentar todas as ciências do direito por conter em seu bojo a mais bela exaltação da promoção humana e da dignidade da pessoa humana."[144]

1.2.3 Construções Legais

Duas hipóteses são levantadas por Hottois e Parizeu na busca pela finalidade normativa e "alcance ético da bioética". Na primeira, tem-se a visão de um "empreendimento teórico" que, frente a um problema, "clarifica noções, expõe pressupostos, explicita os valores em presença e os argumentos que os fundamentam". Esta seria uma "análise axiológica", anterior e necessária para embasar uma escolha, porém sem esse objetivo. A segunda hipótese tem a primeira como requisito prévio, mas eis que agora há um "exercício com finalidade prática", "conducente a uma tomada de decisões" - como nos casos trazidos às comissões de ética clínica -, ou à formulação de decisão ou regra normativa, que ocorre, por exemplo, nos pareceres do Conselho Nacional de Ética[145] francês. Assim, a bioética oscilaria "entre dois extremos: a casuística concreta e o universalismo formal" o que passamos a analisar. [146]

---

[143] LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição. *In:* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 132.
[144] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 24-25.
[145] Na língua original: Conseil Consultatif National d'Ethique.
[146] HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 60.

No estudo casuístico[147], os Comitês de Bioética Institucionais, foram ganhando espaço nos Estados Unidos, a partir da década de 70, quando os Comitês de Ética Profissionais[148] "não davam mais respostas a todos os casos que se apresentavam" devido à "visão um pouco míope das questões éticas envolvidas". Na lição de Kipper, tais Comitês são "espaços de reflexão que buscam apoiar e orientar os profissionais, os pacientes e suas famílias, respeitando suas perspectivas próprias." Exercem papéis consultivos, normativos, educativos e outros, tais como a ajuda em projetos. Utilizam, por método, o "diálogo aberto, sistemático, multidisciplinar e eticamente pluralista"; avaliam fatores técnicos, humanos e externos e propõem, ao final, uma resolução consensual ou "dois ou mais cursos de ação moralmente aceitáveis".[149]

Outra modalidade de comitê bioético, o Comitê de Ética em Pesquisa, surgiu em meio aos esforços para evitar novas atrocidades como as que o Tribunal de Nuremberg trouxe à tona ao julgar os crimes praticados pelos nazistas. Este fato exacerbou a preocupação com pesquisas envolvendo seres humanos, que há muito já existia[150].[151] As experiências feitas nos campos de concentração na Alemanha

---

[147] "Um tipo de conselho pode vir em uma menção a outros casos que pareçam semelhantes, casos que tenham sido resolvidos no passado. Eles podem estar na forma de uma história bíblica ou de um caso legal sobre o qual a sociedade chegou a um acordo. Esses casos acordados são chamados 'casos paradigmáticos'. [...] De fato, uma das características identificadoras de um julgamento ético (diferentemente de uma questão de gosto ou preferência) é essa conscientização de que, se as características relevantes são similares, então os casos devem ser tradados da mesma forma. Desde que as pessoas concordem sobre o que deve ser feito no caso paradigmático e que o novo caso é semelhante em todos os aspectos relevantes, elas poderão resolver o problema. Essa abordagem que conte com casos paradigmáticos às vezes é chamada de **casuísmo** ou **casuística**." In: VEATCH, Robert M. Bioética. 3. ed. Traduzido por Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014, p. 3. Disponível em: <http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788543004495/pages/3> Acesso em: 21 fev. 2014.

[148] Um exemplo de Comitê de Ética Profissional é o Comitê de Ética Médica, formado por "um colegiado de três membros titulares e três suplentes eleitos pelo corpo clinico da instituição, que tem a função de avaliar deveres e direitos inerentes ao exercício profissional do médico." In: KIPPER, Délio José. Comissões de Ética Profissionais. Comitês de Bioética Institucionais. Comitês de Ética em Pesquisa. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 85.

[149] KIPPER, Délio José. Comissões de Ética Profissionais. Comitês de Bioética Institucionais. Comitês de Ética em Pesquisa. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 86-87.

[150] O Juramento de Hipócrates, datado do século V a.C, já trazia a beneficência como referencial para a Medicina, em seu texto: "Aos doentes, tenha por hábito duas coisas: ajudar ou pelo menos não produzir dano". Posteriormente simplificado pelo *primum non nocere*, ou, princípio da não maleficência. In: HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. A importância do protocolo na pesquisa que envolve seres humanos. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010, p. 402.

[151] KIPPER, Délio José. Comissões de Ética Profissionais. Comitês de Bioética Institucionais. Comitês de Ética em Pesquisa. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 88-89.

nazista[152], mostraram ao mundo a "necessidade de estabelecer recomendações de natureza ética que deveriam ser seguidas na pesquisa médica", o Código de Nuremberg, de 1948 é o documento que reuniu essas regras deontológicas e, em seu primeiro item aduz:[153]

> O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão lúcida [...][154]

No Brasil, tal empenho fez surgir a Resolução 01/88, à qual apenas duas instituições universitárias se adequaram. Em função disso o Conselho Nacional de Saúde, na liderança do Professor William Saad Hossne, elaborou a Resolução 196/96, ora em vigor, que traz diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, e conceitua:[155]

> II.5 - Comitês de Ética em Pesquisa - CEP - colegiados interdisciplinares e independentes, com "munus público", de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos participantes da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro de padrões éticos.[156]

Essa Resolução estabeleceu, entre outras diretrizes, que "toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um Comitê de Ética em Pesquisa". Além disso, não sendo possível a constituição do órgão na instituição de origem, a pesquisa deverá ser submetida a um Comitê de outra instituição, "preferencialmente dentre os indicados pela Comissão Nacional de Ética

---

[152] Em um destes experimentos, feito entre 1941 e 1943, no campo de concentração de Daschau, "foram usados prisioneiros civis de várias religiões e nacionalidades", cerca de trezentas vítimas "eram imersas em água gelada, algumas anestesiadas, outras conscientes. Umas ficavam vestidas, mas a maioria era desnudada. Muitas delam morriam durante a experiência. Os sobreviventes, depois de intensamente congelados, eram submetidos a tentativas de reaquecimento por vários meios." In: HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. A importância do protocolo na pesquisa que envolve seres humanos. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010, p. 403.

[153] HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. A importância do protocolo na pesquisa que envolve seres humanos. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010, p. 403.

[154] Tribunal Internacional de Nuremberg. **Código de Nuremberg**, 1947. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/codigo_nuremberg.pdf >Acesso em: 16 fev. 2015.

[155] KIPPER, Délio José. Comissões de Ética Profissionais. Comitês de Bioética Institucionais. Comitês de Ética em Pesquisa. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 88-89.

[156] BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 196, de 1996 versão 2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf> Acesso em: 16 fev. 2015.

em Pesquisa". Será constituída por um colegiado de, no mínimo, sete membros, dentre os quais profissionais das esferas da saúde, ciências exatas, sociais e humanas, "incluindo, por exemplo, juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas e, pelo menos, um membro da sociedade representando os usuários da instituição".[157]

Francesco D'Agostino justifica a instituição dos Comitês de Bioética a partir da visão da "revolução cultural" que se vivencia na "época moderna", quando "a moral não pode mais ser considerada um fato estritamente 'privado', adquire de forma resoluta evidência 'pública' e pede para ser submetida a um debate público". Pois não cabe mais ao homem apenas seguir os "objetivos" da natureza, eis que ele é quem traça, agora, "objetivos totalmente desconhecidos pela natureza". Para ele, questões relacionadas ao nascimento, à vida e à morte "são problemas que o indivíduo não deve enfrentar sozinho, porque não são problemas de apenas um indivíduo, mas de toda família humana."[158]

Deixando-se, por um momento, o viés casuístico da busca pela tomada de decisão no campo bioético em que "trabalha-se caso a caso, de modo pragmático, recorrendo apenas a uma espécie de jurisprudência de decisões análogas", passar-se-á à análise do processo de formulação normativa, àquele que Hottois e Parizeu denominam "universalismo formal", pois não é mais do que definir "princípios suficientemente universais", "normas muito gerais", a fim de ganharem a "concordância de todas as componentes ideológicas, filosóficas e religiosas", ditames que correm o risco de "serem quase vazios, formais" e "terem uma utilidade quase nula no que toca a orientar a decisão e a ação concretas".[159]

Para Aline de Oliveira, o processo de produção da bioética normativa é dialógico, "não obstante sua repercussão no mundo jurídico"[160]. Em sua visão, para ser considerada bioética, uma norma precisa observar um requisito formal relacionado à sua gênese: ela deve "ter sido fruto de uma produção coletiva dialogada e democrática". É preciso que se tenha podido debater, discutir, e que

[157] PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 161.
[158] D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética: segundo o enfoque da Filosofia do Direito.** Traduzido por Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 323-325.
[159] HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 60.
[160] Uma ressalva à "repercussão no mundo jurídico" é feita pela autora, no caso de a norma não ter sido originada de organismo internacional, e sim de "organizações não governamentais ou associações profissionais", pois essas não teriam "efeitos jurídicos direitos". In: OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 38.

"vários posicionamentos tenham sido colocados e levados em conta com igual consideração". E, como requisito material, é fundamental que as normas contenham "princípios bioéticos derivados do arranjo democrático e pluralista produtor da normativa".[161]

Na sequencia da Segunda Guerra Mundial, produziu-se "uma série de documentos deontológicos, geralmente declarações internacionais que, sucessivamente, constituíram-se fontes da ética médica no plano mundial", como exemplos: o Código de Nuremberg (1947)[162]; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU (1948); o Código Internacional de Ética Médica (1949); a Declaração de Helsinki sobre os princípios éticos para pesquisas em seres humanos (1964); a Declaração de Tókio sobre os médicos em relação à tortura (1975); a Declaração de Sidney sobre a determinação da hora da morte (1968); a Declaração de Oslo sobre aborto terapêutico (1970); a Declaração de Madri sobre a eutanásia (1987); a Declaração de Marbella sobre o Projeto Genoma Humano (1992), entre outras.[163]

Dentre as organizações internacionais de maior expressão, destaca-se a Associação Internacional de Bioética[164], fundada em 1992, que já realizou seis congressos mundiais, publica a Revista *Bioethics* e o boletim informativo semestral IAB *News*. Além disso, há o Comitê Internacional de Bioética da UNESCO[165] que

---

[161] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.38-39.

[162] "O Código de Nuremberg [..] foi o primeiro documento ético a ser elaborado depois do de Hipócrates, de 2500 anos antes. [...] Existe uma segunda diferença importante entre o Código de Nuremberg e os códigos na forma hipocrática. O Código de Nuremberg é um documento público da lei internacional, e não um escrito pela profissão médica e entregue publicamente." In: VEATCH, Robert M. Bioética. 3. ed. Traduzido por Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014, p. 3. Disponível em: <http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788543004495/pages/3> Acesso em: 21 fev. 2014.

[163] DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Ética, códigos e deontologia em tempo de incertezas. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010, p. 143.

[164] Do inglês: IAB – International Association of Bioethic. Esta organização possui os "seguintes objetivos educacionais e científicos: 1) facilitar os contatos e o intercâmbio de informações entre aqueles que trabalham com bioética em diferentes regiões do mundo; 2) organizar e promover conferências periódicas internacionais sobre bioética; 3) estimular o desenvolvimento da pesquisa e do ensino em bioética; 4) garantir e assegurar o valor de uma discussão aberta e racional sobre questões de bioética." In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 12.

[165] UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization: Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. "Foi criada a fim de responder à firme convicção das nações, forjada por duas guerras mundiais em menos de uma geração, de que os acordos políticos e econômicos não são suficientes para construir uma paz duradoura. A paz deve ser

atua no âmbito das Nações Unidas na ONU[166] e elaborou a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos em 1997[167].

Em 2001, em uma “Mesa Redonda” sobre bioética na UNESCO, Ministros da Ciência e o Diretor-geral da UNESCO discutiram e definiram a necessidade de elaboração de um “documento normativo universal sobre Bioética e Direitos Humanos”. Essa tarefa foi dada ao Comitê Internacional de Bioética[168] que “decidiu estruturar um Grupo de Trabalho” e após dois anos, em 2003, produziu o relatório final. O Comitê Intergovernamental de Bioética[169] analisou o relatório e concluiu pela necessidade de elaboração de uma normativa universal sobre Bioética. O processo de elaboração da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos foi “permeado por amplo debate e participação de diversos atores da comunidade internacional, estatais e não estatais”.[170]

Para Aline de Oliveira, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que teve seu esboço finalizado em abril de 2005 no “Primeiro Encontro de Expertos”, é fruto do embate de ideologias e posicionamentos éticos e culturais muitas vezes conflitantes. E pode ser encarada como

> [...] a junção de três polos de influência: a da linguagem normativa internacional – direitos humanos; a da linguagem das teorias morais de cunho bioético, como a ética médica ou a ética ambiental – princípios bioéticos presentes na DUBDH; a da linguagem do arranjo político – aquela que não se ampara no campo jurídico nem no bioético, mas aparece

---

estabelecida com base na solidariedade intelectual e moral da humanidade.” Tradução livre. Disponível em: <http://en.unesco.org/about-us/introducing-unesco> Acesso em: 17 fev. 2015.

[166] “A Organização das Nações Unidas, também conhecida pela sigla ONU, é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundiais.” Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conheca/> Acesso em: 17 fev. 2015.

[167] “Trata-se fundamentalmente de uma atualização da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja comemoração de seu cinquentenário ocorreu em 10 de dezembro de 1998.” In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 13.

[168] Comitê Internacional de Bioética – “O CIB é um órgão criado em 1993 [...]. É o único fórum global que permite discussões profundas sobre temáticas bioéticas sem se posicionar de forma julgadora sobre determinado dilema, pois se limita a atribuir a cada país, por meio de seus legisladores, o papel de reflexão sobre as escolhas sociais e decisão entre percepções vigentes.” In: OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.125.

[169] Comitê Intergovernamental de Bioética – “O CIGB foi instituído em 1998, nos termos do artigo 11 do Estatuto do CIB. Sua composição abarca 36 membros cuja representatividade fundamenta-se nos Estados, e sua principal função é examinar os avisos e recomendações emitidos pelo CIB, devendo informá-lo acerca de seus posicionamentos.” In: OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Bioética e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.126.

[170] Sociedade Brasileira de Bioética. **Processo de elaboração da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.sbbioetica.org.br/wp-content/uploads/2011/11/PROCESSO_DE_ELABORACAO.pdf Acesso em: 22 fev.2015.

> resultante do pacto político que possibilita a existência de acordos entre os Estados;[171]

Na 33ª Conferência Geral da UNESCO, em outubro de 2005, a DUBDH foi adotada por unanimidade pelos 191 Estados-membros da organização. Entre os objetivos está o de "prover uma estrutura universal de princípios e procedimentos para orientar os Estados na formulação de sua legislação, políticas ou outros instrumentos no campo da bioética".[172]

Cabe aos Estados a tarefa de adotar "medidas que permitam a penetração dos princípios da DUBDH nos meandros das relações travadas entre agentes governamentais e atores da sociedade", sejam elas legislativas, administrativas ou "de outra ordem que vise a sua materialização, incluindo o fomento da instituição de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas."[173]

Adriana Maluf considera acertadas as ações da bioética brasileira, desenvolvidas nos últimos anos pela Sociedade Brasileira de Bioética[174], que "decidiu aproximar decisivamente suas ações ao campo da saúde pública e à agenda social", e organizou o Sexto Congresso Mundial de Bioética em Brasília[175], intitulado: Bioética, Poder e Injustiça.[176]

Além disso, o Brasil elaborou um projeto de lei que propõe a criação do Conselho Nacional de Bioética[177], instituiu o "Comitê de Acompanhamento

---

[171] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Bioética e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.215-216.

[172] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

[173] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Bioética e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.216-217.

[174] Sociedade Brasileira de Bioética, constituída em 18 de fevereiro de 1995, tem como principal missão "contribuir para a difusão da Bioética no Brasil. Além disso, apoiar profissionais e instituições para as diversas atividades relacionadas com seu campo, como na atuação em Comitês de Bioética Hospitalar, Comitês de Ética em Pesquisa, na docência e na pesquisa. É também papel da SBB divulgar a produção em Bioética o que vem fazendo através da revista Brasileira de Bioética(RBB)." In: Sociedade Brasileira de Bioética. Processo de elaboração da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.sbbioetica.org.br/wp-content/uploads/2011/11/PROCESSO_DE_ELABORACAO.pdf Acesso em: 22 fev. 2015.

[175] "Sexto Congresso Mundial de Bioética da International Association of Bioethics – IAB , em Brasília (30/10 a 03/11/2003), contou com 1.350 participantes de 62 países, 900 dos quais brasileiros." In: Sociedade Brasileira de Bioética. Processo de elaboração da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.sbbioetica.org.br/wp-content/uploads/2011/11/PROCESSO_DE_ELABORACAO.pdf Acesso em: 22 Fev.2015.

[176] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

[177] O "Projeto de Lei (PL) que contou com a participação democrática de diferentes setores da sociedade civil do país", foi encaminhado pelo Presidente da República e se encontra no Congresso Nacional para ser votado. In: GARRAFA, Volnei. **Conselho Nacional de Bioética: a iniciativa brasileira**. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy/shs/red_cnb/es/areas-de-trabajo/ciencias-

Governamental para Implementação da DUBDH" e realiza "encontros destinados à divulgação da DUBDH".[178]

Lembra ainda, Adriana Maluf, que a Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105, de março de 2005, representa "o mais importante diploma legislativo sobre o tema no país". O artigo 225, §1º, II, IV e V da Constituição Federal foi, por ela, regulamentado, o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS)[179] foi, por ela, criado e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio)[180], que havia sido criada pela primeira edição da lei em 1995, foi então reestruturada.[181]

A lei, entre outros aspectos, "tenta regulamentar duas polêmicas de uma só vez – a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados e a pesquisa com células tronco" e, por isso, provoca contendas.[182] Embora se tenha dado "importantes passos" em relação ao diploma anterior, para Carvalho e Carvalho, o "legislador brasileiro perdeu uma excelente oportunidade de dar um passo considerável em direção a um tratamento mais moderno da biotecnologia" ao preferir "manter-se arraigado a princípios e valores antigos, disfarçados sob o falso manto do respeito à dignidade humana".[183]

Após este breve apanhado acerca das estruturas legais derivadas da preocupação Bioética, num processo que se poderia chamar de Biodireito - quando se considera que "a Bioética quando sai do campo axiológico e é positivada no

---

sociales/bioetica/red-de-alc-de-comites-nacionales-de-bioetica/cnb-de-brasil.html>Acesso em: 22 fev. 2015.

[178] OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. Bioética e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p.217.

[179] Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) "é um órgão de assessoria do Presidente da República para a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança nos termos do Decreto nº 4.339/02". In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

[180] Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) " é um órgão vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia responsável pelo estabelecimento de normas técnicas e análise de risco, e tem competência para autorizar as atividades relativas à pesquisa e uso comercial de Organismos Geneticamente Modificados e derivados." In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

[181] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

[182] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 145.

[183] CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. **Ciências Penais**, v. 7, p. 182, jul. 2007. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v.6, p. 757, Mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014bb42cb381ff26eb32&docguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&hitguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=472&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 22 fev. 2015.

ordenamento jurídico transmuda-se em Biodireto”[184]-, passamos a enfrentar uma das questões de sua alçada, a partir das implicações da reprodução humana assistida.

[184] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 35.

2 O ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO *VERSUS* O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

2.1 A DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO E SEU ANONIMATO

2.1.1 Bioética na reprodução humana medicamente assistida

No final do século XX, o "progresso científico e técnico nos domínios da biologia e da genética", aplicado ao âmbito da reprodução humana, levou a uma "situação totalmente inovadora: a procriação, área até agora quase exclusivamente dominada pelas leis da natureza, passou a estar também sobre o domínio do homem." Essa "revolução" causou uma "dissociação entre a reprodução humana e a sexualidade" o que, para Otero, seria um marco histórico comparável à descoberta do fogo e à invenção da escrita.[185]

O primeiro caso conhecido de reprodução medicamente assistida[186] em seres humanos foi realizado pelo médico e biólogo inglês John Hunter, em 1799.[187] Antes disso, a técnica fora tentada em peixes, em meados do século XVIII e, em 1755, testada, com êxito, em mamíferos pelo biólogo italiano Lazzaro Spallanzani.[188]

Em 1978, na Inglaterra, nasceu o primeiro "bebê de proveta", uma menina chamada Louise Brown, cuja concepção "significou o pleno êxito da Fertilização Assistida, também conhecida como Fertilização 'In Vitro' (FIV)". Essa procriação bem sucedida fora do útero reascendeu discussões - no campo jurídico e da ética - "relativamente esquecidas desde o Tribunal de Nuremberg".[189]

---

185 OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade Pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

186 "Entende-se por *reprodução assistida* o conjunto de técnicas laboratoriais de manipulação de gametas femininos e masculinos, aplicadas com objetivo de se obter a gestação em casal infértil." *In*: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. **Psicologia e Reprodução Humana Assistida:** uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Santos, 2009, p. 167-168.

187 WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 216.

188 SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 90.

189 SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 90-91.

Também da Inglaterra, em 1984, veio o Relatório Warnock[190], tido como a "primeira manifestação ética em relação à reprodução humana assistida", a esta se seguiram outras, em diversos países. O Brasil publicou em 1992[191], através do Conselho Federal de Medicina, as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida[192].[193]

Em uma noção sistêmica, estaria relacionada ao direito à saúde, com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal[194], a saúde reprodutiva, "que reflete o direito à procriação", tratado também pelo "capítulo constitucional dedicado à família", por normas internacionais e infraconstitucionais, "notadamente na Lei do Planejamento Familiar[195]".[196] No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos

[190] No relatório Warnock, publicado em 1984 no Reino Unido para esclarecer as questões sobre reprodução e embriologia, existe a proposição de que podem ser feitas pesquisas sem restrição até o 14º dia, desde que os pré-embriões utilizados sejam destruídos ao final do experimento. Esta proposta contraria todas as normas e diretrizes de pesquisa em seres humanos, desde o Código de Nuremberg, que propõem o impedimento de experimentos cujo desfecho possível seja a morte. Vale lembrar que foi o Relatório Warnock que criou o termo pré-embrião para designar este primeiro período de desenvolvimento embrionário. Foi uma alternativa para a discussão sobre a possibilidade de utilizar ou não embriões em pesquisas. Como não houve consenso, criaram um novo termo que não gerava as mesmas resistências. GOLDIM, José Roberto. **Pesquisa em embriões**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/embrpes.htm > Acesso em: 14 mar. 2015.

[191] "O primeiro bebê de proveta brasileiro já tinha cerca de oito anos, em novembro de 1992, quando foi divulgado o primeiro código de normas éticas para reprodução assistida no país. Até então os especialistas vinha trabalhando pelo critério do bom senso e de sua ética pessoal, porque não contavam com um balizamento formal para suas atividades." *In*: CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana**: Ética e Direito. Campinas: Edicamp, 2003, p. 148.

[192] Essas diretrizes foram atualizadas pela Resolução CFM nº 1.957/2010 e, em 2013, pela Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23788:resolucao-de-reproducao-assistida-&catid=3:portal> Acesso em: 14 mar. 2015

[193] BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 153.

[194] Dispõe o artigo 196 da Constituição Federal: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

[195] O planejamento familiar está previsto no art. 226, § 7.º, da CF/88. "Há neste dispositivo constitucional, de maneira expressa, o reconhecimento da importância da atuação do Estado. Tal atuação não possui qualquer conotação de intromissão ou ingerência na vida do casal constituído formal ou informalmente em família, mas detém dupla função: a) preventiva, no que se refere à informação, ao ensino, à educação das pessoas a respeito dos métodos, recursos e técnicas para o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; b) promocional, no sentido de empregar recursos e conhecimentos científicos para que as pessoas possam exercer seus direitos reprodutivos e sexuais, uma vez informados e educados a respeito das opções e mecanismos possíveis. Assim, o planejamento familiar resulta de livre decisão do casal, mas com a necessária e fundamental observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade – ou parentalidade – responsável." *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, p. 21, abr-jun. 2004. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 521-543, ago. 2011. Disponível em: < http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d3ad89c8000a6cdd9&docguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&hitguid=I

Humanos, refere em seu Artigo XVI que “os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem o direito de contrair matrimônio e fundar uma família [...]”.[197] Já o aludido texto da Carta Magna trata do tema da seguinte forma:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

E a Lei nº 9.263, de 1996, a referida Lei do Planejamento Familiar, que regula tal parágrafo, reconhece-o como “direito de todo cidadão” e aduz-lhe o seguinte conceito: “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”. Apesar de estar assegurado a todos, Elida Séguin considera que “o planejamento familiar está praticamente vedado aos hipossuficientes por motivos meramente econômicos e de acesso à informação.”[198]

Na mesma lei, o nono artigo enfrenta a questão de forma explícita, quando assevera:

> Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Diante de tais “garantias fundamentais”, seria “inquestionável”, na visão de Ciocci e Borges Jr., que

> Qualquer indivíduo juridicamente capaz, sujeito de direitos e obrigações – solteiro, casado, viúvo, divorciado, em união estável, homossexual, heterossexual ou bissexual – pode ser usuário das técnicas de Reprodução Humana Assistida, independente do estado civil e da opção sexual.[199]

71b42b70f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=25&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 205.

[196] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 282.

[197] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 282.

[198] SÉGUIN, Elida. Biodireito. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, 102.

[199] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 283.

Também para Paulo Otero, “não parece muito difícil proceder a uma interpretação extensiva e atualista do tradicional direito fundamental a constituir família” para “albergar uma tutela constitucional do direito de procriar através do recurso às novas técnicas biomédicas”. No entanto, restrições são observadas pelo autor quanto à “abertura constitucional a qualquer forma ou técnica de procriação artificial”. Pois, mesmo que a Constituição imponha “ao Estado o dever de regular a procriação artificial”, isto não implica qualquer “imperatividade de reconhecimento de todas as formas de procriação artificial, nem muito menos a sua elevação ao estatuto de direitos fundamentais.”[200]

Elida Séguin, considerando a questão da infertilidade[201][202], lembra que “ter ou não prole”, pode não ser apenas uma decisão, pois “estima-se que dois em cada dez casais tenham problemas de fertilidade”. E garante que “a impossibilidade de procriar é vista socialmente como uma doença, para tanto a ciência tenta vencer essa batalha”.[203] Regina Sauwen e Severo Hryniewicz consideram que “com a micromanipulação de gametas, a quase totalidade das limitações físicas vêm encontrando soluções”, já que, no esforço para a viabilização do desejo de ter filhos, “quase diariamente surgem novas técnicas ou as já existentes são melhoradas”. Mas, lembram eles, a “síndrome de Frankenstein” também se mostra presente, pois o mau uso dos conhecimentos “ronda a mente da maioria”.[204]

As técnicas de reprodução assistida são “procedimentos de manipulação de gametas (óvulos e espermatozoides) para auxiliar a natureza no processo de reprodução”.[205] E dentre elas, as principais práticas disponíveis atualmente são: “inseminação artificial (IA), fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões

---

[200] OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade Pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 20-21.

[201] “Para a ciência médica, há infertilidade quando um casal não alcança gestação após doze meses de relações sexuais normais em períodos férteis, sem a utilização de métodos contraceptivos.” *In*: CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 282.

[202] “Ressalta-se que a esterilidade e a infertilidade são doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças – CID 10 (OMS), e como tal, podem ser tratadas”. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 194.

[203] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 101.

[204] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 91-92.

[205] CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. Reprodução humana medicamente assistida. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar.** Petrópolis: Vozes, 2006, p. 20.

(FIVETE), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigotos (ZIFT)" e "gestação por mãe substituta ("mãe de aluguel")".[206]

A fertilização *in vitro* (FIV) consiste na união, extracorpórea, do material genético feminino com o masculino, "propiciando a fecundação e a formação do ovo, cuja introdução no útero da mulher dar-se-á depois de iniciada a divisão celular".[207] Por isso, a técnica é também chamada de "fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE), coloquialmente conhecida por 'bebê de proveta'".[208]

Na inseminação artificial, "o material genético masculino é depositado diretamente na cavidade uterina da mulher, não por meio de ato sexual, mas, sim, assexual (artificial)" destinada ao casal fértil, mas com alguma dificuldade física para fecundar.[209] Esta é a mais antiga e menos polêmica das técnicas, geralmente utilizada para casos de "impotência masculina" ou "problemas de qualidade do esperma", pode-se dizer que é "um auxílio dentro do processo natural de fecundação humana".[210]

Já na transferência intratubária de gametas[211] (GIFT)[212] é feita a "coleta dos óvulos e espermatozoides que, com a ajuda do laboratório, são colocados dentro das trompas de falópio", importante ajuda para os casos de infertilidade sem motivo aparente. A mesma técnica é utilizada na transferência intratubária de zigotos

---

[206] RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga> Acesso em: 14 mar. 2015.

[207] CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. Reprodução humana medicamente assistida. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no início da vida: dilemas pensados de forma transdisciplinar.** Petrópolis: Vozes, 2006, p. 21.

[208] RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga> Acesso em: 14 mar. 2015.

[209] WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 217.

[210] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 91-92.

[211] "Os gametas são células da linhagem sexual. Os gametas femininos são os óvulos e os masculinos são os espermatozoides." *In*: CAMARGO, Renata Panizza. Panorama nacional da infertilidade. *In*: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. **Psicologia e Reprodução Humana Assistida:** uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Santos, 2009, p. 168.

[212] "GIFT – Gamete Intrafallopian Transfer (Transferência Intratubária de Gametas) – Neste caso, os espermatozoides processados e os óvulos colhidos diretamente por aspiração vaginal são transferidos diretamente para as trompas por labaroscopia. A fertilização ocorre *in vivo*". *In*: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 188.

(ZIFT)[213], "porém a diferença entre elas é que a ZIFT é utilizada quando o material genético da mulher e do homem não são suficientemente bons para a fecundação e boa formação do embrião". Neste caso, óvulos "colhidos por ultra-sonografia trans-vaginal" são "colocados em contato com os espermatozoides dentro de uma trompa artificial" e, após confirmada a fecundação, são transferidos para as "trompas naturais".[214]

E, por fim, a gestação por mãe substituta, ou "mãe de aluguel", baseia-se na "substituição da gestação transferida a uma terceira pessoa". Há dois tipos, quais sejam "mãe portadora ou mãe de substituição", no primeiro caso ocorre o empréstimo do útero e, no segundo, além de emprestar o útero, doa também os óvulos.[215]

Outro aspecto relevante quanto às formas assistidas de reprodução é o que as classifica em homólogas e heterólogas. Diz-se homóloga a técnica que utiliza os gametas do próprio casal, "quer dizer, o material utilizado na formação do embrião é o espermatozoide do marido com o óvulo da mulher". Já na heteróloga, utiliza-se de "gametas obtidos por terceiros", esse uso "pode ser parcial, quando um dos gametas é doado por terceiro e o outro por um dos cônjuges, ou total, quando os dois gametas são obtidos de doação por terceiros".[216]

Sondando as "repercussões bioéticas em matéria de famílias que advêm da reprodução artificial", Adriana Maluf considera que a inseminação artificial homóloga "não acarreta maiores conflitos", a não ser pela possibilidade, de ser realizada *post mortem*[217]. Porém, em relação à forma heteróloga de fertilização, "o conflito é emergente", uma vez que pode "acarretar a interferência de um estranho na vida do

---

[213] ZIFT (Zygote intrafallopian transfer) consiste na "divisão do zigoto, que dará origem ao embrião, já dentro da trompa, onde ocorrerá a multiplicação celular e o embrião irá para o útero." *In*: DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 184.

[214] RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga> Acesso em: 14 mar. 2015.

[215] RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga> Acesso em: 14 mar. 2015.

[216] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 190-193.

[217] "Pela Resolução CFM n. 2.013/2013, Seção VIII, é possível a reprodução assistida *post mortem*, desde que o falecido autorize previamente o uso de seu material biológico criopreservado." In: DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 687.

casal, o desconhecimento da origem genética, uma segregação social, a coisificação do homem, a contratualização da família, ferindo-o em sua dignidade".[218]

Maria Helena Diniz questiona veementemente o sentido do uso dessas técnicas: "será que toda pessoa teria direito, em qualquer condição, de ter um filho? Teria direito à procriação artificial? A criança gerada artificialmente não correria o risco de ser considerada como um meio e não um fim em si mesma?" E observa que o "sujeito primário da preocupação não seria a criança, mas sim o casal estéril." Opina, a autora, pela necessária coibição da inseminação artificial heteróloga, da fertilização in vitro e da "gestação por conta de terceiro", e alerta que nem o jurista nem o legislador poderão ficar "silente diante de tão intrincada questão [...] devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível for vedá-la".[219]

Por sua vez, Maria Brauner conclui que "muitas questões são polêmicas" quando se leva em conta a opinião de "diversos especialistas que se pronunciaram sobre essas novas técnicas". Para ela, "a formação de novas famílias constituídas com patrimônio genético de sujeitos anônimos, suscita sérias inquietações que envolverão, certamente, direitos a proteger e conflitos a solucionar", e questiona: "qual será o encaminhamento jurídico a ser seguido nestes casos?"[220]

2.1.2 A reprodução assistida heteróloga e o anonimato do doador de material genético

A modalidade heteróloga de reprodução humana assistida é considerada a mais polêmica, isto porque não envolve apenas as pessoas que a buscam para ter filhos. A técnica implica no "emprego de material fecundante de terceiro, ou seja, a utilização de óvulo, espermatozoide ou embrião[221] de outras pessoas[222]"[223]. Como

[218] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 203.
[219] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 683.
[220] BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parenta**l: contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm> Acesso em: 11 mar. 2015.
[221] "Sob o enfoque puramente descritivo, o embrião humano é a fusão dos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleos numa única célula (zigoto), num processo que se denomina fecundação." *In*: PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O estatuto jurídico do embrião humano. **Revista Justitia**. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br/artigos/2a34y8.pdf> Acesso em: 11 mai. 2015.

consequência, mais direitos são inseridos ao contexto e, junto a eles, podem surgir conflitos, que pela natureza ética e relação com a vida, são situações consideradas da alçada da Bioética. Esse é o motivo pelo qual se focou nesse o método reprodutivo para o presente estudo. Mariangela Badalotti colaciona algumas das possíveis divergências:

> As questões bioéticas em relação à doação de gametas envolvem a introdução de um terceiro elemento na relação conjugal (o doador), a forma como os gametas são obtidos (pagamento, não pagamento, motivação dos doadores), a questão do anonimato (ou não), os possíveis danos psicológicos destas crianças e o risco de consanguinidade.[224]

Adriana Maluf também elenca algumas "considerações bioéticas" que surgem com as novas técnicas reprodutivas, quais sejam "a redesignação dos laços parentais, o acesso às mulheres solteiras à técnica", bem como o "acesso aos homossexuais e transgêneros às técnicas; a viabilidade da reprodução heteróloga; a questão da reprodução assistida *post mortem* e os debates que acometem o embrião".[225]

Cabe aqui a reflexão de Juliana de Camargo, para quem o papel do Direito – palavra originária do latim *digiere*, que significa direção – é o de determinar "até que ponto o indivíduo ou a sociedade podem exercer seu poder e sua liberdade de ação em relação aos outros". Para ela, o Direito é uma "ciência mais estagnada que a Medicina, por sua própria natureza", por isso, não acompanhou a "evolução das técnicas reprodutivas". Só em 1992 - quando o "primeiro bebê de proveta brasileiro já tinha cerca de oito anos" - é que foi "divulgado o primeiro código de normas éticas para reprodução assistida no país" a Resolução nº 1.358/92[226] do Conselho Federal

---

[222] "A doação de gametas pode ser utilizada quando há ausência de formação de gametas, tanto por parte do homem (azoospermia) quanto da mulher (falência ovariana)". E ainda, para "[...]evitar o risco de transmissão de doenças genéticas. [...] A doação de óvulos possibilita também gravidez feminina após a menopausa, em idade avançada, o que pode suscitar objeções, tanto em relação a risco biológico materno quanto dano emocional à criança." In: BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. *In*: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética:** uma visão panorâmica**.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 161.

[223] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira**. A Nova Filiação**: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.473.

[224] BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética:** uma visão panorâmica**.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 161.

[225] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.197.

[226] Essas diretrizes foram atualizadas pela Resolução CFM nº 1.957/2010 e, em 2013, pela Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em:

de Medicina, única norma específica existente no Brasil.[227] Heloísa Helena Barboza, sobre essa norma, constata

> A melhor regulamentação que temos no Brasil sobre as técnicas de reprodução assistida é a do Conselho Federal de Medicina, que é essencialmente uma norma ética, embora a meu ver seja também uma norma regulamentar interna, uma norma administrativa contida no poder disciplinar do Conselho Federal de Medicina, mas é a norma mais completa que nós temos sobre isso. Porque em termos de lei formal, nós só temos no Brasil três incisos do artigo 1.597 do Código Civil, é o que nós temos.[228]

O aludido texto, do Código Civil, é o seguinte:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; *III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.* (Grifou-se)

Seguindo a linha de raciocínio, Heloísa Helena comenta que "quando o artigo trata dos filhos havidos do casamento e firma a presunção de paternidade[229][...], inclui nos três últimos incisos as técnicas de reprodução assistida" e o faz "de maneira não apropriada" dada a "complexidade da matéria, os efeitos sucessórios, enfim uma infinidade de questões que estão postas e clamam por uma regulamentação específica".[230]

Também Belmiro Welter considera pouco o Código Civil de 2002 ter trazido as "modalidades de inseminação artificial homóloga e heteróloga e os embriões", tendo

---

<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23788:resolucao-de-reproducao-assistida-&catid=3:portal> Acesso em: 14 mar. 2015

[227] CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana**: Ética e Direito. Campinas: Edicamp, 2003, p. 147-148.

[228] BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução Assistida e Bioética**: depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da TV Justiça. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

[229] "Presunção 'juris tantum' da paternidade. Ante a impossibilidade de se demonstrar diretamente a paternidade, a lei assenta relativamente à questão da filiação algumas presunções fundadas em probabilidades, que, por admitirem prova em contrário, serão relativas, ou seja, *juris tantum*. Isto é assim porque '*mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*.'" Ou seja, mãe é sempre certa, pai é aquele que as núpcias demonstram. *In*: DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1179.

[230] BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução Assistida e Bioética**: depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da TV Justiça. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

silenciado sobre a “procriação por zigotos, gametas, fertilização *in vitro*, gestação substituta e clonagem”.[231]

Essa ausência de legislação adequada, “embora muitos países já disponham de legislação especial sobre o tema”, será abordada mais detidamente no momento derradeiro deste texto. Por hora, analisar-se-ão os aspectos da Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, considerada “uma resolução pouco conhecida fora da classe médica”, mas que se preocupou em “enumerar alguns princípios básicos organizando a matéria”.[232] Lembram Regina Sauwen e Severo Hryniewicz que a referida Resolução “resolve em parte a falta de indicadores para os procedimentos nesta área, contudo, ela tem caráter deontológico, ou seja, é um dispositivo que se destina exclusivamente aos médicos.”[233]

Para o Conselho, “em harmonia com o direito fundamental à igualdade”, os participantes do processo de reprodução humana assistida não sofrem nenhum tipo de distinção, a Resolução 2.013/2013 traz em seu texto:[234]

> 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA *desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.* (Grifou-se)

Percebe-se consonância com o princípio bioético da autonomia na condição do consentimento informado[235] para todos os participantes do procedimento[236], “uma

---

[231] WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 228.

[232] BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parenta**l: contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm> Acesso em: 11 mar. 2015.

[233] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 96.

[234] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 283.

[235] O item 3 da referida Resolução traz explicitamente: “O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.” Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 05 abr. 2015.

[236] “A ilicitude dos tratamentos assim realizados pode gerar consequências nos campos dos direitos: Penal, com o crime de constrangimento ilegal; Civil, questionando-se quem dará o sustento à criança nascida de procedimento ilícito, influindo na determinação da maternidade ou paternidade; Ético, com punição administrativa dos responsáveis.” *In:* CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. *In*: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches;

vez que a liberdade de agir de acordo com os próprios julgamentos é direito fundamental, ainda que não absoluto". E, seguindo-se a análise de Ciocci e Borges Jr., "não se pode exigir casamento, união estável ou heterossexualidade" é o que diz a norma ética médica. Tal previsão "encerrou algumas discussões e abriu a possibilidade de tratamento às mulheres solteiras (conhecidas [*sic*] como produção independente) e aos casais do mesmo sexo", dada a proteção constitucional de todas as formas familiares[237], sem exclusão.[238]

A Resolução limita a idade máxima para a doação de gametas em 35 anos, para a mulher, e 50 anos para o homem e assevera ainda que "a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial[239]", diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos[240], por exemplo. Sobre isso, Heloíza Helena Barboza afirma que o acesso universal, facilitado através da gratuidade, além de estar de acordo com os princípios bioéticos (autonomia e justiça - distribuição dos recursos) está, de certa maneira, efetivado, porque essas técnicas já estão disponíveis pelo Sistema Único de Saúde.

FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 284.

[237] Os "casais do mesmo sexo, aliás, hoje reconhecidos inequivocadamente *(sic)* como entidade familiar, após decisão inédita do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, publicada em 13 de maio de 2011." *In:* CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida*. In:* BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 283. Em tempo, o próprio texto da Resolução declara: "Considerando que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132)." Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 05 abr. 2015.

[238] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. *In:* BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 283.

[239] Consoante a proibição constitucional que, no artigo 199§ 4º, determina: "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados*, sendo vedado todo tipo de comercialização*." (Grifou-se) A Lei que regula este parágrafo é a de nº 10.205/2001. (Lei da doação de sangue) Segundo esta proibição, Gama alerta que "o óvulo e o sêmen estão nela incluídos e a Resolução 23/2011, como ato normativo da Anvisa, bem como o CFM reiteram/repetem essa proibição em nosso país, diferente de outros países, como por exemplo, alguns estados norte-americanos". *In*: GAMA, Guilherme Calmon da. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. **TV Brasil**. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015

[240] "O banco de sêmen mais antigo dos Estados Unidos, o *Idant Laboratories*, criado em 1971, já engravidou 18 mil mulheres [...]. O preço de uma inseminação, com esperma saído de uma temperatura de 178 graus Celsius negativos, varia entre US$ 100 e US$ 500 e demora menos de 15 minutos se tudo correr bem." In: DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 698.

É importante destacar, ainda, que em seus princípios gerais a Resolução proíbe a fecundação de gametas femininos (óvulos) "com qualquer outra finalidade que não a procriação humana, proibição já existente na Lei de Biossegurança[241]". Na atualização de 2009 do Código de Ética Médica[242] (quatro anos após a promulgação da Lei de Biossegurança), houve a adequação da deontologia médica, pois "já se percebeu a necessidade de diferenciar Reprodução Humana Assistida de engenharia genética[243]", proibindo-se expressamente o uso das técnicas de reprodução assistidas para "criar seres humanos geneticamente modificados, criar embriões para investigação" e "com a finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras".[244] Semelhante, mas não igual, é o texto da Resolução 2.013/13, que aduz:

> 4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.[245]

Esse aspecto merece bastante atenção, mas não será aqui ampliado, por não ser o foco desta pesquisa, apenas agrega-se o alerta de Elio Sgreccia quanto diz

---

[241] "A Lei nº 11.105/ 2005, a chamada Lei de Biossegurança [...] estabeleceu normas de segurança para organismos geneticamente modificados, criou o Conselho Nacional de Biossegurança e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e estabeleceu novas previsões legais de responsabilidade civil e administrativa em casos de danos causados ao meio ambiente e a terceiros. [...] Estabeleceu, ainda, a tipificação de quatro crimes relativos à matéria: a utilização de embrião humano em desacordo com o disposto na referida lei; a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano; a realização de clonagem humana e a liberação, descarte, produção, armazenamento, transporte, comercialização, importação ou exportação de organismo geneticamente modificado no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes. [...] construções político-jurídicas estabelecidas internacionalmente pelo avanço do campo da bioética." *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; ABEL, Henrique. Direito e Bioética no Século XXI: O papel da proteção jurídica da dignidade humana no estabelecimento de marcos normativos adequados. **Revista da AJURIS**, v. 41, nº 136, 2014. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/369> Acesso em: 11 abr. 2015.

[242] Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.931/2009. **Código de Ética Médica**. Artigo 15, parágrafo 2º, incisos I, II e III. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm> Acesso em: 05 abr. 2015.

[243] "[…] É importante observar que há uma diferença entre Reprodução ou Procriação Assistida e Engenharia Genética. Em certas situações podem caminhar juntas, mas não são a mesma coisa. Trata-se de técnicas diferentes que têm por finalidade atender diferentes necessidades. Enquanto a primeira visa, basicamente, a realizar o desejo de ter filhos, a segunda consiste nas inúmeras técnicas de manipulação de material genético, podendo alterar a sua estrutura natural." *In*: SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 92.

[244] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. *In:* BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 283.

[245] Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 05 abr. 2015.

que "por esse caminho da doação de sêmen e do ‘banco de sêmen' insinua-se também a tendência eugênica para a aquisição do 'sêmen selecionado'". Cita, o autor, o banco de sêmen “reservado aos prêmios Nobel, na Califórnia, cuja existência noticiaram os jornais”, para ele, “as intenções na hora de recolher o sêmen são de caráter cada vez mais de acordo com a seleção biológica."[246]

E, ainda, para estimular a reflexão, une-se aqui a fala do especialista em reprodução humana, Bruno Scheffer que, ao referir que a reprodução assistida com doação de material genético é "tratamento consagrado, feito diversas vezes", e que faz parte de seu dia-a-dia", acrescenta que "hoje é comum conseguir, pela internet o sêmen de alguém que se formou em Houston, por exemplo, de uma pessoa que tenha olhos azuis, que tenha ganhado um prêmio Nobel...", mas que no Brasil, por não haver a comercialização de material genético, as pessoas são motivadas apenas pela vontade de ajudar. E segue explicando que, o procedimento que utiliza baseia-se, para a escolha dos células reprodutivas, no fenótipo ("pele clara, cabelo liso, alta ou baixa estatura") e grupo sanguíneo, para que seja compatível com o dos pais afetivos, se estes não tiverem a intenção de contar aos filhos a verdade acerca de sua origem biológica[247].

O anonimato, este sim, foco de análise imediata, especialmente relevante para o estudo em curso, é abordada, pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução, como uma imposição - o que “implica que os doadores de gametas e embriões não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa” -, com apenas uma ressalva para “situações especiais”: há a possibilidade de fornecimento de informações sobre doadores, por “motivação médica”, mas “exclusivamente para médicos, resguardando-se, contudo, a identidade civil do doador”.[248]

Há que se observar, nesse ponto, a distinção entre dois aspectos “que normalmente são considerados de maneira conjunta”, o *sigilo do procedimento médico* na reprodução heteróloga - “próprio das intervenções dos profissionais da Medicina no desempenho de suas altas missões quanto ao tratamento e tentativa de cura de seus pacientes”, que, aqui, não está em discussão -, e o *anonimato do*

[246] SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. I Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 416.
[247] SCHEFFER, Bruno. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. **TV Brasil**. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015
[248] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. In: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. Reprodução Humana Assistida. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 283.

doador do material genético, “bem como o próprio anonimato do casal e da criança a nascer”, que se justifica, segundo Guilherme Calmon, pelos reflexos que a intervenção pode causar na família e principalmente na criança, tal ocultação “evita o direito à investigação de paternidade” e “a reivindicação de alimentos e de herança”, reflexos, portanto, que adentram o direito de família e das sucessões.[249]

O especialista em reprodução humana Bruno Scheffer, como profissional da área, que utiliza as técnicas em seu consultório, argumenta que, além do Conselho Federal de Medicina, a Anvisa[250] também, em 2011, emitiu diretrizes acerca do assunto. E, que o Conselho de Medicina dirige-se aos médicos, mas a Anvisa, ao regular algumas situações, “deixa claro que o governo está se posicionando desta forma”. Então, “se o governo e o Conselho te garantem que o anonimato vai ser mantido, que a doadora está doando um óvulo, ela não está doando uma criança, isso no dia-a-dia das clínicas é muito tranquilo”.[251] A regra mencionada é a Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 23/2011, que traz o seguinte texto:

> Art. 15. A doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido:
> §1º Toda a informação relativa a doadores e receptores de células, tecidos germinativos e embriões deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo.
> §2º Não pode ser facilitada nem divulgada informação que permita a identificação do doador ou do receptor.
> §3º Na doação anônima, o receptor não pode conhecer a identidade do doador, nem o doador a do receptor.
> §4º As autoridades de vigilância sanitária podem ter acesso aos registros para fins de inspeção e investigação.
> §5º Em casos especiais, por motivo médico ou jurídico, as informações sobre o doador ou receptor podem ser fornecidas exclusivamente para o médico que assiste o receptor, resguardando-se a identidade civil do doador.

---

[249] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira**. A Nova Filiação**: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.800- 801.

[250] “A Agência Nacional de Vigilância Sanitária foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. É uma autarquia sob regime especial, ou seja, uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira.[...] Na estrutura da Administração Pública Federal, a Agência está vinculada ao Ministério da Saúde, sendo que este relacionamento é regulado por Contrato de Gestão. A finalidade institucional da Agência é promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados." Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm> Acesso em: 21 mai. 2015.

[251] SCHEFFER, Bruno. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. **TV Brasil**. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015

§6º A doação não pode ser remunerada. [252]

Nota-se que as diretrizes são idênticas às do Conselho Federal de Medicina, inclusive no aspecto do anonimato, mas essa Resolução também não tem força de lei. O público-alvo, aqui, são as Clínicas de Fertilização e os chamados Bancos de Sêmen que armazenam material genético, pois assim demonstra a ementa do regulamento: "dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos[253] e dá outras providências." Ela também não é uma lei.

Miguel Reale elucida que, para que haja lei, não basta existir uma norma escrita, "pois escritas são também normas dos regulamentos, decretos, resoluções, portarias, avisos etc". É preciso que essa norma escrita seja "constitutiva de direito", ou seja, "quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas". Continua o autor: "somente a lei é capaz de *inovar no Direito já existente*, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, *direitos e deveres* a que todos devemos respeito."[254]

Seguindo-se a análise da doutrina na defesa do anonimato, Susana Ferreira Freitas, opina que o anonimato "juntamente com o dever de segredo relativamente ao dador é uma decisão maioritariamente reconhecida à nível do direito comparado[255]". Para ela, "a defesa do anonimato tem como argumento mais reduto,

---

[252] BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. RDC 23/2011. Disponível em: <http://www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br/index.php/download/category/122-arquitetura-de-projetos-de-saude?download=1072:resolucao-rdc-n-23-2011-banco-de-celulas-e-tecidos-germinativos-bctg-republicada> Acesso em: 21 mai. 2015.

[253] O art. 4º, IV da própria Resolução dispõe: "Banco de Células e Tecidos Germinativos - BCTG: serviço de saúde destinado a selecionar, coletar transportar, registrar, processar, armazenar, descartar e liberar células, tecidos germinativos e embriões, para uso próprio ou em doação, de natureza pública ou privada." *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. RDC 23/2011. Disponível em: <http://www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br/index.php/download/category/122-arquitetura-de-projetos-de-saude?download=1072:resolucao-rdc-n-23-2011-banco-de-celulas-e-tecidos-germinativos-bctg-republicada> Acesso em: 21 mai. 2015.

[254] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 163.

[255] "O Direito Comparado é um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias. Procura ele atingir as constantes jurídicas de diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração. Em todos os países hoje existem institutos científicos destinados a estudo de Direito Comparado. Há mesmo casos em que se constituem comissões internacionais para a redação e a coordenação de preceitos jurídicos relativos à mesma matéria, como se verifica no plano do Direito das Obrigações, em geral, e das atividades negociais, em particular." *In*: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309.

o interesse da sua família e da receptora, trata-se de uma forma de evitar a intromissão do dador na 'família social'".[256]

Também preocupado com a constituição familiar, e acerca da filiação resultante de procriação medicamente assistida, Guilherme Calmon ressalta:

> Fundamentalmente, deverá atentar-se para a ausência de qualquer possibilidade do doador do espermatozoide, da doadora do óvulo e dos doadores de embrião se tornarem pais jurídicos da criança devido ao emprego de qualquer das técnicas reprodutivas, diversamente do que ocorreria na eventualidade do contato sexual. Em outras palavras: na reprodução heteróloga, em suas várias modalidades, o fator biológico, ao menos na linha materna ou na linha paterna, não deverá ser considerado, o que conduz à obrigatoriedade de se buscar outro fundamento para o estabelecimento da filiação, do contrário *o próprio recurso à reprodução medicamente assistida se tornaria inócuo, pois ninguém mais iria se dispor, por gesto de solidariedade e altruísmo, a fornecer seu material fecundante para servir em favor de outras pessoas que desejassem procriar*.[257] (Grifou-se)

Ainda em sua concepção, o autor compara o procedimento médico da reprodução assistida heteróloga, com o processo judicial de adoção para considerar que o anonimato precisa ser mantido para a melhor "tutela e promoção dos interesses do adotado e da futura criança", mas que "logicamente" deverá "ceder relativamente à pessoa do próprio adotado e da que resultou de técnica concepcionista heteróloga". Assim, o autor observa a necessidade de relativização do anonimato perante o filho gerado, e esta é, para ele, uma consequência do reconhecimento brasileiro aos "direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade", pois implicam na possibilidade de "acesso às informações sobre toda sua história sob o prisma biológico, não por simples curiosidade, mas para o resguardo da sua existência, e proteção contra possíveis doenças hereditárias".[258]

Edison Namba declara estar convencido de que a previsão expressa no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente - que diz que "o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito)

---

[256] FREITAS, Susana Ferreira. O anonimato do dador e o direito a conhecer a própria origem: uma aproximação de direito comparado. **Dereito**, v. 19, p. 41-69, 2010. Disponível em: <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7940/1/02.Ferreira.pdf> Acesso em: 19 abr. 2015.

[257] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 471-472.

[258] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

anos" -, não pode ser aplicado à reprodução assistida heteróloga, "diante do direito ao anonimato dos doadores".[259]

Pedro Belmiro Welter, analisando o princípio da dignidade humana relacionado ao suspeito genitor que não deseja ter revelada sua identidade em uma ação de paternidade, elenca alguns dos fundamentos jurídicos invocados "para afastar a condução coercitiva do investigado na produção do exame de DNA":

> "a) a defesa dos direitos fundamentais à liberdade[260], à intimidade[261], à vida privada[262], à intangibilidade física e da não-obrigatoriedade de produção de provas contra si[263], garantindo os princípios da legalidade e da reserva da Constituição Federal, porquanto qualquer parte do corpo humano e da pessoa, não podendo 'ser considerado como uma *coisa* à parte, de modo que não é possível querer tratar o corpo humano, ou um elemento dele, como uma *coisa*, um bem que possa ser disposto pela vontade de terceiro ou do Estado'; b) que, no futuro, a legalização desse procedimento também será empregada para a extração da sangue ou outro material biológico para outros propósitos, como na clonagem humana; c) somente seria possível produzir exame genético se existente lei prevendo esse procedimento; d) a condução coercitiva violaria a paz social. Este último argumento beira à crônica incoerência, na medida em que a filiação, justamente pela falta da prova pericial em DNA, nunca alcança a paz interior e social.[264]

Além disso, o anonimato é um dos facilitadores do processo de doação, na linha de pensamento que segue a bióloga Tatiana Barroca, para quem "não se pode

---

[259] NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000 1453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011 e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

[260] Pode-se definir o bem jurídico da liberdade como "a faculdade de fazer ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune". BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Os Direitos da Personalidade**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.101.

[261] "De grande relevo no contexto psíquico da pessoa é o direito à intimidade, que se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais." BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Os Direitos da Personalidade**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 106.

[262] Prevê o texto constitucional: Artigo 5º, inciso "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

[263] "Trata-se do princípio conhecido como *nemo tenetur se detegere*, que garante ao indiciado ou ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo, de permanecer em silêncio nos interrogatórios policiais ou judiciais e de decidir se coopera ou não com as investigações judiciais ou policiais. São garantias previstas na alínea g do § 2º do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, bem como no art. 5º, LXIII, da CF/1988." *In*: BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. Dna e sua utilização como prova no processo penal. Revista **dos Tribunais**, v. 873, p.397-406, jul. 2008. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 3, p. 953- 966, jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srgui d=i0ad818150000014d3f69b45f290233df&docguid=I65834a20f25111dfab6f010000000000&hitguid=I6 5834a20f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=998&context=16&startChunk=1&endChun k=1> Acesso em: 10 mai. 2015.

[264] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124-125.

admitir que alguém que, por altruísmo, deposita seu sêmen em um banco ou permite a retirada de seus oócitos (células reprodutivas) para doação a um desconhecido", possa "ser responsabilizado pela maternidade ou paternidade". Nesse caso, "é evidente que o doador não tem interesse na vinculação e fica claro que este não poderá ser responsabilizado por isso". Em sua reflexão:

> [...] o anonimato talvez seja mais benéfico, pois se criariam dificuldades com a possibilidade de investigação, o risco de se desaparecerem doadores e o aspecto negativo da inexistência de vínculo afetivo entre o doador e a criança [...] [265]

Ainda, na mesma linha, Mariangela Badalotti considera que a preservação do anonimato entre doadores e receptores "sempre foi considerada de fundamental importância" para que se evitasse, futuramente, "complexas situações emocionais e legais, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas através desse procedimento". Mas ressalta que, de alguns anos para cá, iniciou-se uma discussão que gira em torno "de que todo ser humano tem direito de conhecer sua origem biológica e esta discussão é assunto atual em todo o mundo."[266] A autora refere o âmbito internacional das divergências sobre o anonimato, abordagem que se verificará adiante nesse estudo.

No apanhado realizado, até aqui, verifica-se que os instrumentos legais que norteiam a manutenção do anonimato do doador de material fecundante são: os direitos fundamentais à liberdade, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina que, embora discipline a matéria, é uma regra deontológica, ou seja, de origem ética, sem força de lei, elaborada por médicos e válida apenas na esfera destes para o desempenho de sua profissão. E a Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa nº 23/2011, que adentra no tema, mas também não possui característica legal.

Segue-se o estudo com a análise do direito ao conhecimento da origem genética, argumento diametralmente oposto ao anonimato, no mesmo contexto.

---

[265] BARROCA, Tatiana. Banco de sêmen. *In*: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no início da vida**: dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 73-74.
[266] BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. *In*: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética**: uma visão panorâmica. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 162.

2.2 O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

2.2.1 A fragmentação da Paternidade

Alguns pressupostos conceituais acerca da ideia de paternidade no direito civil pátrio precisam ser abordados para embasar o exame desse instituto frente à reprodução assistida heteróloga, o que se verificará, nesta etapa.

O Direito, no esclarecimento de Heloísa Helena Barboza - que vem sendo "impactado pelos resultados da chamada biotecnologia" - sofre esse afrontamento de maneira especial no que se refere à "alteração de processos exclusivos da natureza, como é o caso da reprodução humana". Lembra a pesquisadora que, até meados do século XX, "não se podia imaginar que ela pudesse ser feita com o incentivo ou com a colaboração da ciência, no sentido de dar filhos a quem a natureza havia negado". Com a interferência biotecnológica nesse processo, "se implode toda a estruturação das relações humanas, a começar pelas relações de família, porque nem sempre aquele que é o genitor, que cede o material genético, será considerado pai ou mãe".[267]

A filiação, para Maria Helena Diniz, é "o vínculo existente entre pais e filhos" e, inspirada em Antônio Chaves, complementa dizendo se tratar da "relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda", acrescenta a autora, "ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga", com base nos artigos 1.593 a 1.597 e 1.618 do Código Civil brasileiro.[268]

Semelhante conceito traz Carlos Roberto Gonçalves, baseado em Silvio Rodrigues, que afirma que filiação "é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado". E acrescenta que

---

[267] BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução Assistida e Bioética**: depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da TV Justiça. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

[268] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 499-500.

> Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina **paternidade[269] ou maternidade**.[270] (grifou-se)

Nota-se que ambos os autores manifestam descrição do instituto de forma atualizada e inclusiva ao mencionarem "filho advindo de reprodução assistida heteróloga" e "ou a receberam como se a tivessem gerado", tal adaptação procede da inserção, à época da edição do Código Civil de 2002, dos incisos III a V do artigo 1.597, já vistos previamente.

Essa evolução no direito de família[271] - que possibilitou a adequação às mudanças da sociedade brasileira, entre elas as que foram trazidas pelas técnicas de reprodução assistida - foi possível a partir da Constituição de 1988[272] e do Código Civil de 2002. Neste contexto, "houve uma profunda alteração nos conceitos de família com o escopo precípuo de ajustar o texto legal à realidade social"[273] e hoje "não é mais possível interpretar o direito de família com base no Código Civil de 1916"[274].

---

[269] "Em linguagem jurídica, todavia, às vezes 'se designa por paternidade', num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão 'paternidade responsável' consagrada na Constituição Federal de 1988, art. 226, § 7º". *In*: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p.319.

[270] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p.319.

[271] "O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco." *In*: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p.19.

[272] "A carta magna passou a reconhecer entidades familiares que não eram provenientes do casamento, até então a única estrutura familiar legalmente reconhecida, e assim passou a regulamentar a união estável (§3º do art. 226) como entidade familiar [...], a equiparação dos cônjuges, a não discriminação entre filhos, [...] e no §4º do mesmo dispositivo constitucional, atribuiu-se igualmente a qualidade de entidade familiar à comunidade monoparental." *In*: SILVA, Maíra Santos Antunes da. **O novo direito de família e a paternidade socioafetiva**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3748/O-novo-Direito-de-Familia-e-a-paternidade-socioafetiva> Acesso em: 10 mai. 2015.

[273] SILVA, Maíra Santos Antunes da. **O novo direito de família e a paternidade socioafetiva**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3748/O-novo-Direito-de-Familia-e-a-paternidade-socioafetiva> Acesso em: 10 mai. 2015.

[274] "A família antiga era numerosa, edificada no casamento, tendo o pai o poder de vida e de morte sobre a mulher, filhos e escravos. O Código Civil de 1916 regula a família patriarcal também com base na hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo." *In*: WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v.14, p.111-147, abr-jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 413-454, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d3b0aab27c9fd8521&docguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&hitguid=I

A absoluta igualdade entre os filhos foi uma das mudanças estabelecidas pela Constituição de 1988, no seu artigo 227, § 6º[275], não sendo mais viável a "retrógrada distinção entre a filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva", relevante, à época, em função das "consequências que essa classificação acarretava".[276]

Porém, ainda se encontra na doutrina de Maria Helena Diniz, a classificação "apenas didática" de filiação matrimonial e extramatrimonial[277]. Mas a autora também ressalta que "juridicamente, não há que se fazer tal distinção", ante o texto constitucional e às Leis 8.069/90 e 8.560/92 respectivamente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Investigação de Paternidade.[278] Nessa reflexão, Belmiro Welter argumenta que

> Os princípios constitucionais da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação, da supremacia dos interesses dos filhos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, os dois últimos elevados a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, não admitem a discussão da origem da filiação, biológica ou socioafetiva, não importando se de reprodução humana natural (sexual, corporal) *ou medicamente assistida* (assexual, extracorporal, laboratorial, artificial, científica).[279] (Grifou-se)

Edison Namba, no mesmo sentido, ressalta que "depois de longa data rejeitando-se determinadas filiações, aceita-se a equiparação e pune-se a distinção". O Estatuto da Criança e do Adolescente permitiu, com o artigo 26, o "reconhecimento conjunto ou separado dos pais com relação aos filhos, por qualquer

---

2d886330f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=233&context=49&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

[275] Determina o texto constitucional: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

[276] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p.319-320.

[277] Para a autora, "matrimonial" é a filiação que "se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1561 e 1.617)". E "extramatrimonial" se "provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser 'expúria' (adulterina ou incestuosa) ou natural. *In*: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 503-504.

[278] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 503-504.

[279] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v.14, p.111-147, abr-jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 413-454, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d3b0aab27c9fd8521&docguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=233&context=49&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

instrumento, independentemente da origem da filiação". E fez mais do que isso, estabeleceu no seu artigo 27 que *"o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça*". Ademais, a Lei de Investigação de Paternidade[280] permitiu o reconhecimento,

> Além de no próprio ato do registro de nascimento, também por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivada em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; e por manifestação expressa e direta ao juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (art. 1.º, I a IV). [281]

Malgrado não haja "diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação", a lei civil estabelece "para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação"; para os que foram gerados fora do casamento, "critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para sua efetivação".[282]

Essa presunção de paternidade, relevante instrumento frente à "impossibilidade de se provar diretamente a paternidade", não é, porém, uma prova: "é um processo lógico por meio do qual a mente atinge uma verdade legal[283]".

---

[280] A ação de investigação de paternidade é uma ação de estado (cuja finalidade é a constatação ou a manifestação do estado de uma pessoa) que "tem como objetivo a declaração judicial de que o demandante é filho de uma determinada pessoa e, como tal, parente sucessível". A Lei que a regula é a de nº 8.560/92 *In*: PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado**. Revista dos Tribunais**, v. 645, p.7 – 12, jul. 1989. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 263 – 271, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d6468bb758836cbb7&docguid=I43dec140f25811dfab6f010000000000&hitguid=I43dec140f25811dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=1298&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 17 mai. 2015.

[281] NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011**. Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

[282] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p.320.

[283] NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

Chamada por Diniz de “um jogo de presunções”, que se funda em probabilidades[284], é estatuída de tal forma no diploma civil de 2002:

> Art. 1.597. *Presumem-se concebidos na constância do casamento* os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (grifou-se)[285]

Tal artigo tem origem na regra do Direito Romano que dizia: “é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada”,[286] e é conhecida em sua abreviação de presunção *pater is est*. Equivale a enunciar que “presume o legislador que o filho da mulher casada foi fecundado por seu marido”, o objetivo dessa diretriz é “preservar a segurança e a paz familiar”. Além disso, diziam os romanos também que “a mãe é sempre certa”[287]. [288]

A classificação dessa presunção, em relativa ou absoluta, é outro aspecto do direito de família que vem sofrendo transformação. Diniz a caracteriza como relativa ou *juris tantum*, “pois a prova em contrário é limitada”, mas, em relação a terceiros, como absoluta, “pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601)”.[289] Enquanto que, Barboza, - apesar de reconhecer que a presunção sempre foi considerada relativa, “principalmente depois dos exames de DNA[290][291]” -, pondera que no caso da doação

---

[284] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 504.

[285] De acordo com o Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 1.597: As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836> Acesso em: 05 jun. 2015.

[286] Do latim: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant.*

[287] Do latim: *mater semper certa est*

[288] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6, p.321.

[289] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5, p. 504.

[290] “Exame é a apreciação de alguma coisa, por meio de peritos, para esclarecimento em juízo [...] se centraliza na coleta de sangue dos envolvidos para, em uma comparação de dados genéticos, descobrir a paternidade e, em alguns casos, a maternidade.” *In*: NAMBA, Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em:

de gametas essa uniformidade se abala, e ela tem defendido que é uma *presunção absoluta*, visto que "o pai consentiu"[292] com o procedimento. Pois, do contrário, "vamos permitir a esse pai/marido desconstituir a paternidade depois, em prejuízo da criança".[293]

Da mesma forma, Guilherme Calmon considera: "a hipótese não é de presunção relativa (ou *iuris tantum*), mas de presunção absoluta (*iuris et de iure*) ou certeza da parentalidade". E explica

> Levando em conta a impossibilidade jurídica de admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que *manifestou vontade* no bojo do desenvolvimento do projeto parental dos cônjuges e posteriormente pretende se retratar de tal consentimento. A paternidade já havia se constituído desde a época da concepção e do início da gravidez, tal como ocorreria na hipótese de procriação carnal - pressupondo a relação sexual. No âmbito da procriação assistida heteróloga, a circunstância de não haver relação sexual faz com que devam ser considerados outros pressupostos fáticos como a *vontade associada* ao êxito da técnica conceptiva com a gravidez da mulher, em nítida observância ao *princípio da paternidade responsável*[294], tal como expresso no texto constitucional (art. 226, § 7.º).[295] (Grifou-se)

<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000
1453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011
e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

[291] "DNA é definido como sendo um ácido celular, também conhecido como ácido desoxirribonucleico. [...] a molécula de DNA foi desvendada em 1953 pelo britânico Francis Crick e pelo americano James Watson, os quais ganharam o prêmio Nobel pela pesquisa. O DNA constitui parte dos cromossomos, sendo encontrado no núcleo das células e sua estrutura é responsável pela transmissão das características genéticas dos seres vivos, de geração para geração, resultando no código genético individual. Sabe-se que o DNA de uma pessoa é igual em todas as células do seu organismo e se compõe a partir da informação genética proveniente de seus genitores, metade da mãe e metade do pai biológico." *In*: BARROS, Marco Antonio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. DNA e sua utilização como prova no processo penal. **Revista dos Tribunais**, v. 873, p.397- 406, jul. 2008. Doutrinas Essenciais Processo Penal, v. 3, p. 953- 966. Jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d3f69b45f290233df&docguid=I65834a20f25111dfab6f010000000000&hitguid=I65834a20f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=998&context=16&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 10 mai. 2015.

[292] Tal consentimento é o previsto no artigo 1.597, inciso V do Código Civil, que diz: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha *prévia autorização do marido*". (Grifou-se)

[293] BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução Assistida e Bioética**: depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da TV Justiça. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

[294] "A noção de parentalidade responsável – ou de "paternidade responsável" na expressão escolhida pelo Constituinte – traz ínsita a ideia inerente às consequências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas [...] no campo do direito de família relacionado aos vínculos paterno-materno-filiais. Sem levar em conta outros dados limitadores – como a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança –, a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva. Em outras palavras: há responsabilidade

Porém, delicada questão surge a partir da análise do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, que diz que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*”.* Nas palavras de Maria Berenice Dias, “a manifestação do cônjuge corresponde a uma adoção antenatal, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai” e, também para essa doutrinadora, implica em uma presunção: “presunção absoluta de paternidade socioafetiva”[296].

E, aqui, surge a celeuma, Maria Berenice Dias também afirma que “o consentimento não precisa ser por escrito, basta ser prévio”.[297] Ora, viu-se que a paternidade socioafetiva do marido cuja esposa utilizou a técnica de reprodução heteróloga é presumida e absoluta (sem comportar retratação), como poderia, então, tão grave consequência surgir de um consentimento verbal? Percebe-se aqui a necessidade de efetiva aplicação do princípio bioético do consentimento livre e informado, como trazido por Elida Séguin:

> Para evitar mal-entendidos, em determinados procedimentos, o melhor é que o consentimento seja escrito e que no mesmo documento em que se autoriza o método estejam especificadas as possíveis consequências, ficando uma via de tal documento em poder do paciente ou de seu responsável. Na prática da pesquisa biomédica trata-se de um documento fundamental e já corrente.[298]

Cabe mencionar-se também que, em 2014, o Conselho Nacional de Justiça realizou a I Jornada de Direito da Saúde para debater os problemas envolvendo o tema e apresentou enunciados interpretativos. No subtítulo “enunciados biodireito”,

---

individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.” *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, p. 21, abr-jun. 2004. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 521-543, ago. 2011. Disponível em: < http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d3ad89c8000a6cdd9&docguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&hitguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=25&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

[295] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código. **Revista dos Tribunais**, v. 817, p. 11, nov. 2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=I099337c0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I099337c0f25111dfab6f010000000000&spos=24&epos=24&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

[296] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed., ver. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

[297] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed., ver. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

[298] SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 54.

cinco deles relacionam-se à reprodução assistida, e o de número 39 traz a seguinte redação: “o estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando *da manifestação inequívoca de vontade da parte*” [299] (grifou-se).[300]

Ricardo Maffeis documentando encontro entre Miguel Reale e o ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, por ocasião da entrada em vigor do novo Código Civil em 2003, registrou a argumentação do ministro sobre o inciso em questão. Segundo ele, “o código deve conter as matérias já disciplinadas pela experiência, temas que tenham certa estratificação. As novas conquistas da ciência não devem estar naquele diploma legal e sim em leis extravagantes” (tal necessidade de legislação apropriada também será abordada neste apanhado, mas em outro momento), na própria fala do ministro Moreira Alves:

> A Câmara dos Deputados quis dar um ar de modernidade ao novo Código e o resultado foi a criação de figuras como a do art. 1.597, inciso V, que presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial desde que com prévia autorização do marido. *Mas se existe a prévia autorização, onde está a presunção?* (Grifou-se)[301]

Semelhante crítica apresenta o Desembargador Giorgis ao dizer que a reprodução assistida heteróloga “contraria os princípios que fundamentam a filiação” por envolver duas paternidades, a “biológica (do homem que doou o esperma) e a legal (do marido estéril que consentiu na inseminação de sua mulher)” e que isso “redimensiona a relação, não mais em torno da presunção legal, mas no consentimento do marido que se interessa pelo parto.”[302]

---

[299] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça**. I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo, mai. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em: 05 jun. 2015.

[300] Nota-se o ditame mais atualizado e adequado com o princípio citado, na comparação com o enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil, de 2002, que dizia: “[...] no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”. *In:* BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836> Acesso em: 05 jun. 2015.

[301] MAFFEIS, Ricardo. **Reale e Moreira Alves defendem novo Código**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7510-7509-1-PB.htm> Acesso em: 05 jun. 2015.

[302] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 74.

Além disso, o Desembargador Giorgis apresenta três conceitos de paternidade possíveis hoje, baseando-se na literatura jurídica. Para ele, *biológica* é a paternidade que se origina de "congresso sexual entre os pais" e que "redunda na filiação consanguínea, baseada no matrimônio, na união estável, ou nas relações entretidas por pessoas impedidas de casar". A *jurídica*, segundo o autor, "decorre da presunção resultante da convivência com a mãe". E a paternidade *socioafetiva* constitui-se por "ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada *adoção à brasileira*[303] ."[304]

Contrapondo-se à classificação trazida pelo desembargador, Belmiro Welter entende que:

> Em habitando no ordenamento jurídico brasileiro tão-só as filiações biológica e sociológica, *está extinta a filiação formal, ficção jurídica, mera presunção da paternidade e maternidade*. Não se trata, com isso, de uma desbiologização[305] da filiação genética, mas, sim, de um *fortalecimento das duas perfilhações biológica e sociológica*; a primeira, porque, com a produção do exame genético em DNA, a paternidade e maternidade são comprovadas com certeza científica; a segunda, com o acolhimento da Constituição Federal de 1988 da família eudemonista e a instalação da igualdade entre todos os filhos, o afeto foi reconhecido como valor jurídico.[306]

Frente a isso, percebe-se que as mudanças estruturais no direito de família atingem não apenas o distinguir da presunção que definia a paternidade (relativa ou

---

[303] "A adoção à brasileira, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor." *In:* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 833712 RS 2006/0070609-4. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 de maio de 2007.

[304] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 77.

[305] Autores como Guilherme Calmon chamam de *desbiologização,* o "importante fenômeno" de "substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico", consequência do movimento de "transformações das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista." *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, p. 21, abr-jun. 2004. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 521-543, ago. 2011. Disponível em: < http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d3ad89c8000a6cdd9&docguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&hitguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=25&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

[306] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v.14, p.111-147, abr-jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 413-454, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d3b0aab27c9fd8521&docguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=233&context=49&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

absoluta), mas a própria suposição - utilizada por séculos, desde a sociedade romana. Emerge do amadurecimento da sociedade e fortalece-se pela Constituição Federal de 1988 e seus princípios, a parentalidade socioafetiva ora definidora dos laços jurídicos de parentesco. Edison Namba destaca que "hodiernamente", embora haja "exagerada preocupação com a verdade biológica[307]", "o critério da verdade socioafetiva é explorado pela doutrina cada vez mais".[308]

2.2.2 Direito ao conhecimento da origem genética

Grande é a gama de impasses quando se confronta o auxílio da ciência médica na reprodução humana ao Direito. Mas, busca-se salientar, neste apanhado, o conflito que o anonimato do doador de material genético produz no mundo jurídico, fazendo emergir deste, os contornos do direito ao conhecimento da origem genética, cuja doutrina estruturante passa-se a investigar.

Ao determinar-se a paternidade e maternidade da criança concebida através de uma técnica de reprodução heteróloga em favor dos pais socioafetivos, é preciso não olvidar que essa a criança também tem interesses e que, pode estar entre eles o de conhecer sua "ascendência genética". Este desejo pode ter suas causas, tais como: "a falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecido quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo"; questões de saúde própria ou de seus descendentes etc. Ou pode simplesmente nascer da "mera curiosidade sobre aquele ou aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que

[307] Belmiro Pedro Welter, inspirado em Eduardo de Oliveira Leite, explicita que "há duas verdades em matéria de perfilhação: a *verdade biológica* - a dos laços de sangue - e a verdade do coração, dos sentimentos -, esta é 'a que corresponde à filiação querida, desejada, vivenciada no dia-a-dia de uma existência.'" (Grifou-se) *In*: WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v.14, p.111-147, abr-jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 413-454, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d3b0aab27c9fd8521&docguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=233&context=49&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

[308] NAMBA. Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

reconhece como pais".[309] A dúvida sobre as origens, que pode surgir em algum momento da vida e geralmente ocorre na puberdade, pode trazer sérias consequências ao desenvolvimento físico e psicológico e de "evolução da personalidade".[310]

Maria Helena Diniz também se dedica a essa análise, para ela "o anonimato do doador do material germinativo vem a retirar da criança o direito de saber qual é a sua parentalidade biológica". Indaga a autora: "isso não poderia trazer graves repercussões psicológicas à criança? Não teria o filho o direito de conhecer sua origem ou de ter acesso à identidade de seu pai genético?". E ainda: "havendo reivindicação do filho assim gerado, a garantia do anonimato deveria prevalecer?".[311]

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir de 2009, traz em seu artigo 48 a seguinte redação: "o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos". O Direito, menciona Edison Namba, começou a ser denominado de "direito à identidade genética ou direito ao conhecimento das origens", e enfatiza, na sua opinião, o "parentesco por consanguinidade".[312]

O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermans, ao escrever sobre a "moralização da natureza humana" afirma que a "manipulação genética poderia alterar nossa autocompreensão enquanto seres da espécie", e que tal possibilidade lança "outra luz sobre a tentativa 'moralizante' de adaptar os avanços biotécnicos às estruturas comunicativas do mundo da vida". Para o autor, é preciso "saber se a proteção da integridade de patrimônios hereditários não-manipulados pode ser

---

[309] CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10171>. Acesso em: 15 mai 2015.

[310] PATTI, Salvatore. Sulla configurabilitá di um diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche. In: FERRANDO, Gilda. (a cura di) **La procreazione artificiale tra ética e diritto**. Padova: Cedam, 1989, p. 203.

[311] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 694-695.

[312] NAMBA. Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

justificada com a indisponibilidade dos fundamentos biológicos da identidade pessoal".[313]

Seguindo com sua reflexão, Jürgen Habermans, considera que tal proteção jurídica "poderia encontrar expressão num 'direito a uma herança genética, em que não houve intervenção artificial'". O autor fala também na admissibilidade de "uma eugenia negativa", e no "direito fundamental a um patrimônio hereditário não-manipulado", que seria possível "se a ponderação moral e a formação democrática da vontade conduzissem a esse resultado".[314]

O "direito à origem ou identidade genética" é conceituado por Maria Helena Diniz como direito a "saber a história da saúde dos seus parentes consanguíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto[315][316]". Além disso, é o "direito de cada ser humano de ter um genoma próprio, salvaguardando biologicamente sua constituição genética individual" e garantindo-se a "não repetição deste patrimônio genético", sua inviolabilidade proibiria a clonagem humana. E, ainda, decorreria desse, o "direito ao conhecimento dos genitores, à historicidade pessoal ou à ascendência materna e paterna biologicamente verdadeira". Em sua interpretação, ele "não gera o direito à filiação, nem o direito alimentar, e tampouco o sucessório".[317]

Percebe-se que essa separação entre o direito à origem genética e a filiação e/ou parentalidade também na consideração de Paulo Luiz Netto Lôbo, que aduz:

> O direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de *direito da personalidade*[318], de que é titular cada ser humano. A origem genética

[313] HABERMANS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Traduzido por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 37-38.
[314] HABERMANS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Traduzido por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 37-38.
[315] "Em sendo a proibição do incesto a primeira lei de qualquer organização social, a base de todas as proibições, que diferencia a sociedade humana dos animais, em habitando na sociedade a aversão ao incesto, deve ser assegurado ao filho o direito à investigação de paternidade biológica, para que sejam preservados os impedimentos matrimoniais, nos termos do art. 41 do ECA." Diz a redação do referido artigo: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, *salvo os impedimentos matrimoniais*". (Grifou-se) *In*: WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 185.
[316] A Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, acerca dessa preocupação, previu que: "6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes."
[317] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 695.
[318] "Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a

> apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para se reconhecer judicialmente a paternidade ou a maternidade, ou para contestá-las, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo. [319] (Grifou-se)

Moreira Filho, que se une a essa vertente, demonstra os fundamentos jurídicos para afirmar que "o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai". Para ele, a conjugação do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura: "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição [...]"; a garantia de igualdade estabelecida no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal[320]; e ainda a igualdade na filiação determinada pelo artigo 227, §6º, também da Carta Magna[321] formam a sua convicção.[322]

Assegura o autor que "mesmo que os pais tenham firmado documento de consentimento informado no qual se comprometiam a não demandar a paternidade, o termo não vincula o filho nascido", isso porque "o direito ao reconhecimento do estado de filiação e, por consequência, do reconhecimento da origem genética" - indisponível e personalíssimo – "não pode constituir objeto de renúncia por parte de quem não o possui".[323]

Idêntica inclinação apresenta Belmiro Welter, para quem "o filho afetivo tem o direito de investigar a paternidade biológica", pois a Constituição assegura a "todos os filhos biológicos e sociológicos" a capacidade de "investigar a paternidade e a maternidade genéticas para todos os efeitos legais (estado de filho, nome, herança, parentesco etc)", porém, da mesma forma, o jurista faz ressalvas:

---

intelectualidade e outros tantos. [...] Ao Estado compete, na verdade, reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram". *In:* BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Os Direitos da Personalidade.** 5. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1-8.

[319] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813> Acesso em: 16 mai. 2015.

[320] Lê-se no artigo 5º da Constituição Federal: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]".

[321] Lê-se no artigo 227, §6º da Constituição Federal: "Os filhos, *havidos ou não* da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". (Grifou-se)

[322] MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2744>. Acesso em: 15 mai. 2015.

[323] MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2744>. Acesso em: 15 mai. 2015.

> [...] se estabelecida a paternidade afetiva, a investigatória de paternidade e de maternidade não abrangerá todos os efeitos jurídicos, mas, apenas: a) em caso de necessidade psicológica para conhecer (ser) a origem genética; b) para preservar os impedimentos matrimoniais; c) para garantir a vida e a saúde do filho e dos pais biológicos, em caso de grave doença genética, pelo que, nestas três hipóteses, não haverá a declaração do estado de filho, os efeitos de parentesco, alimentos, nome, herança ou poder familiar (pátrio poder), porquanto esses direitos já são ostentados pelo filho sociológico.[324]

Desta forma, o instituto da paternidade socioafetiva, solidamente estabelecido no Direito familiar não parece estar ameaçado pela possibilidade do reconhecimento da origem genética, antes disso, são dois direitos consoantes a garantir tutela familiar e digna à pessoa cuja origem biológica é desconhecida. Decisão abordando tais questões foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim considerou:

> Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo socioafetivo. Peculiaridade. [...]
> - O reconhecimento de estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus sucessores.
> - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1.º, III, da CF/1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.
> - *Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento de origem genética*, *respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica*.
> - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquele já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.
> - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar 'adotivo' e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.
> - Nas questões em que presente à dissociação entre os vínculos familiares biológico e socioafetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido.[325] (Grifou-se)

O acórdão vale-se do princípio da dignidade humana como alicerce para amparar a "necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica" e, enfim,

---

[324] WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180-181.
[325] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 833712/RS, (3.ª T. j. 17.05.2007). Relatora Ministra Nancy Andrighi.

estabelecer o “direito de conhecimento da origem genética”. Sobre essa relação, o professor Francesco D’Agostino tem a acrescentar:

> É apenas a partir da defesa da identidade que se torna possível operar pela defesa da *dignidade* da vida. A vida humana é *digna* porque o homem é o único sujeito natural que possui uma identidade, não-redutível à sua constituição estritamente biológica; porque *como sujeito natural*, é portador de um *excedente* em relação à sua natureza.[326]

A necessidade da reflexão sobre a dignidade da pessoa humana é também defendida por Tatiana Barroca, que entende que “o filho gerado artificialmente pode se sentir tomado como objeto de manipulação instrumental ou de experimentação em laboratório, com intervenção de terceiros”. Em contrapartida, analisa, “este filho poderá se sentir especialmente mais amado por seus progenitores, se entender bem o que seus pais foram capazes de fazer para que ele existisse”.[327]

E, ainda, Belmiro Welter analisa o direito em questão considerando como sua base estrutural o princípio da dignidade humana, inspirado por José Afonso da Silva, destaca:

> O estado de filho biológico, *com o consequente ser, e não apenas conhecer*, a ancestralidade, a origem biológica, é direito fundamental indisponível, irrenunciável, inegociável, impenhorável, imprescritível, vitalício e intangível do ser humano, já que faz parte de sua *dignidade de pessoa humana*, princípio dotado, ao mesmo tempo, segundo José Afonso da Silva, de um valor supremo, porque se encontra na base da vida nacional, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais, desde o direito à vida, um princípio constitucional fundamental e geral, não somente da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica, cultural ‘e fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da Democracia e do Direito’”.[328][329]

Portanto, o direito à origem genética, que recebe classificação de direito da personalidade, é também protegido, na esfera constitucional, pelo princípio da dignidade humana, pelo direito fundamental à igualdade, no âmbito do direito de família, pela igualdade entre os filhos (artigo 1.596 do Código Civil) e no Estatuto da

---

[326] D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da Filosofia do Direito. Traduzido por Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 193.

[327] BARROCA, Tatiana. Banco de sêmen. *In*: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no início da vida**: dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 51.

[328] WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180-181.

[329] SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212. Rio de Janeiro: Renovar, abr-jun. 1998. Disponível em: em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/17426486/1289977594/name/A+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA+COMO+VALOR+SUPREMO+DA+DEMOCRACIA.doc> Acesso em: 18 mai. 2015.

Criança e do Adolescente pelo direito de conhecer a origem biológica, garantido ao adotado (artigo 48), que pode ser utilizado analogamente[330].

2.3 A BUSCA DE SOLUÇÃO PARA O CONFLITO

2.3.1 Lacuna legal, analogia e jurisprudência

Estabelecidos alguns aspectos acerca do anonimato e sua defesa doutrinária baseada nos ditames constitucionais, e o mesmo podendo ser dito do direito ao conhecimento da origem genética, inicia-se a observação do que aconteceria em um possível embate entre eles, situação passível de ocorrer devido ao uso que está sendo feito das técnicas de reprodução assistida heteróloga no Brasil. Em um debate televisionado, ao ser inquirido acerca do assunto, o Desembargador Federal Guilherme Calmon, destaca:

> Eu queria chamar a atenção de que nós não temos lei propriamente dita sobre o tema. O que a gente tem é apenas um artigo do Código Civil que trata do que a gente chama de presunção de paternidade do homem casado relativamente a sua esposa que tem acesso a uma técnica de reprodução homóloga (quando o material é do próprio casal) ou quando há uma reprodução assistida heteróloga (quando tem a figura do doador homem, que é no caso de o marido ser infértil), nesse caso esse marido será, pela lei civil, considerado pai jurídico em razão de ter consentido/autorizado que sua esposa fosse inseminada com sêmen de outro homem ou que recebesse um embrião fertilizado com sêmen de outro homem. Mas, salvo esse artigo, *nós não temos mais nada em termos de legislação*, todas as normas do Conselho Federal de Medicina e da Anvisa são normas abaixo da lei, ou seja, são normas que, na realidade, são dirigidas aos profissionais da medicina que são as Resoluções do Conselho e, no caso da Anvisa, às clínicas e laboratórios, enfim. *Mas não existe pra todos nós como cidadãos uma lei que regule as técnicas de reprodução assistidas e seus efeitos jurídicos, e já é mais do que hora em razão do grande número de casos. (Grifou-se)*[331]

Constata-se, da fala do Desembargador, e do estudo realizado até agora, uma lacuna, uma omissão da lei brasileira acerca desse assunto. Levando também

---

[330] BARBOZA, Heloisa Helena**.** Reprodução Assistida e Bioética: depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da **TV Justiça**. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: **<**https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

[331] GAMA, Guilherme Calmon da. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. **TV Brasil**. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015

em conta que a doutrina diverge sobre a questão, Juliana Frozel de Camargo assevera que “o Direito, então, tem obrigação de suprir essa lacuna”, isso porque “as procriações artificiais vieram revelar ao jurista um dado negligenciado e que está a exigir sua real avaliação: a paternidade não se estabelece exclusivamente sobre um suporte psicossocial”. A seu ver, “a inovação trazida pelo progresso científico consiste em criar a dúvida frente às relações de parentesco”, em razão de estarem completamente alterados os laços que tradicionalmente ligavam os pais a seus filhos.

Na ausência de lei específica, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o Decreto-lei nº 4.657 de 1942, traz em seu artigo 4º a seguinte diretriz: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”[332]. Logo, o juiz não pode se furtar de decidir em razão de omissão legal, ou seja, “não pode invocar a lacuna jurídica”, nas palavras de Regina Sauwen e Severo Hryniewicz. Os autores apontam que a mesma lei “sugere”, no artigo 5º[333], que “o direito tem estofo e abrangência suficientes para resolver todos os litígios, mesmo que não haja uma lei específica ou clara para o caso” e que “o jurista, desde que conheça as técnicas jurídicas, será sempre capaz de apontar uma solução para o caso”, por isso, esclarecem que não é adequado falar-se em “lacuna jurídica” e sim, em “lacuna da lei”.[334]

Chega-se, assim, à percepção de que tanto o direito ao anonimato quanto o direito à origem genética - sendo oriundos dos direitos da personalidade[335] e não

---

[332] No mesmo vetor, o Código de Processo Civil aduz: “Artigo 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

[333] O artigo 5º da referida LINDB traz o seguinte texto: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

[334] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 54.

[335] “Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade são expressões sinônimas? Designam a mesma realidade? *Direitos humanos* é expressão corrente nos textos internacionais, sobretudo nas Declarações de direitos [..]. Já o termo *direitos fundamentais* teve seu uso consagrado nas constituições estatais, no Direito Público, traduzindo os direitos humanos acolhidos no texto da Constituição. É exemplo o Título II da Constituição Federal, que reza: ‘Dos direitos e garantias fundamentais’. Nesse diploma, tais direitos abrangem os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.º da CF/1988), os direitos sociais (art. 6.º da CF/1988), a nacionalidade (art. 12 da CF/1988) e os direitos políticos (art. 14 da CF/1988). Por sua vez, a expressão *direitos de personalidade* há muito é usada no Direito Privado, traduzindo, aí, os mesmos direitos humanos e fundamentais, porém, no que pertine às relações privadas, buscando-se proteger as pessoas de eventuais atentados perpetrados por particulares. Note-se, porém, que as três expressões aludem ao mesmo núcleo de direitos fundamentais, os quais se encontram em diferentes dimensões”. *In:* GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. **Revista de Direito Privado**, v. 22, p. 136, abr. 2005. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões,** v. 1, p. 1295 ago.

possuindo lei específica alguma que os discipline -, em um possível caso de pleito por uma pessoa gerada por reprodução assistida ao conhecimento da sua origem genética, ter-se-ia estabelecido um complexo conflito de direitos fundamentais, mas que os juristas não poderiam deixar de enfrentar. Antonio Minhoto conclui: "haverá uma decisão, seja ela qual for", e "essa decisão será tomada com base nas previsões do sistema jurídico-normativo posto". Acerca do assunto, segue o autor:

> Um conflito entre disposições constitucionais não pode ser resolvido pela hierarquia, porque estamos falando de duas disposições contidas na norma de maior *hierarquia* do sistema; tampouco pode ser esclarecido pelo critério *temporal*, porque ambas encontram-se vigentes a um só tempo; e, por fim, também não pode ser equacionado pelo critério da *especialização* porque integram referidas normas em conflito o mesmo conjunto normativo, o mesmo corpo de normas.[336][337] (Grifou-se)

Esses critérios, da mesma forma, na consideração de Luís Afonso Heck, são inócuos para solucionar o conflito posto. Em sua visão, "os critérios de solução empregados na colisão de direitos fundamentais estão vinculados à concepção das normas[338] de direitos fundamentais". Explica ele que, em se considerando como

---

2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=Ib8174610f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ib8174610f25111dfab6f010000000000&spos=11&epos=11&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

[336] MINHOTO. Antonio Celso Baeta. Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 68, p. 42. Jul. 2009. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 93. Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d8de21b71cbe0a94a&docguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&hitguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=249&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

[337] O critério da "hierarquia normativa" consiste em uma lei superior (em sua localização dentro do sistema em comento), sobrepor-se a uma "lei hierarquicamente inferior". Já o quesito temporal é a consideração de que, em regulando ambas o mesmo tema ou assunto, lei posterior revoga lei anterior. E, pelo terceiro método citado, a especialização, "entre duas leis, a que exibir maior especificidade ou mais especialização no trato do tema objeto do atrito" é a que prevalece. *In:* MINHOTO. Antonio Celso Baeta. Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 68, p. 42. Jul. 2009. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 93. Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d8de21b71cbe0a94a&docguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&hitguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=249&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

[338] "O sistema jurídico é um sistema normativo, onde as normas são gênero, e os princípios e as regras são espécies. [...] Para distinguir entre regras e princípios, há diversos critérios a serem utilizados. [...] Quanto ao grau de abstração, os princípios geralmente são normas de elevado grau de abstração, enquanto as regras possuem uma abstração mais reduzida. De maneira que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente, sem uma mediação concretizadora.

regras, “os critérios de solução que se oferecem são aqueles contidos no modelo das regras”, exatamente os que foram citados acima, que se baseia em atribuir valor a uma ou a outra regra, e que “mostram-se insatisfatórios para resolver colisões de direitos fundamentais”. Mas, “se, ao contrário, se parte da concepção de que as normas de direitos fundamentais são princípios, então o critério de solução disponível é aquele compreendido no modelo dos princípios”, que é a ponderação[339] para verificar “qual delas têm precedência, sem que sua validade entre em consideração”.[340]

Daniela Gomes esclarece que a ponderação é como uma pesagem com os princípios, quanto mais valor, maior o peso em relação a outros princípios. Ela indica que deve haver uma “hierarquia axiológica” entre eles, “considerando o possível impacto de sua aplicação ao caso concreto, onde a norma dotada de maior valor prevalece”. Assim, “o conflito se resolve, mas não de forma permanente”, pois, toda solução encontrada vale, apenas, para o caso concreto “e, portanto, é imprevisível a solução do mesmo conflito em casos futuros”.[341]

[...] As regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional. Os princípios são mais amplos, e por se referirem geralmente a objetivos, finalidades, direitos ou valores, também são considerados como fundamentos das regras.” *In*: GOMES, Daniela Vasconcellos. **Revista de Direito Privado**, v. 29, p. 78 Jan. 2007. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d8ddfb1dc1999dc35&docguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&hitguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=64&context=229&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

[339] “A técnica da ponderação é a forma por excelência de solução das colisões; por meio dela, afasta-se o princípio que, diante das condições fáticas e jurídicas verificadas, tenha menor peso”. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 54, p. 76. Jan. 2006. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos.** v. 1, p. 979. Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014dc6628d5a1f0e7ff4&docguid=I7314f720f25511dfab6f010000000000&hitguid=I7314f720f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=428&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 05 jun. 2015.

[340] HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 781, p. 71 – 78. Nov. 2000. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 645 – 654, Ago 2011. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d8beeb209ec11d5d4&docguid=Id0541100f25011dfab6f010000000000&hitguid=Id0541100f25011dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=16&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

[341] GOMES, Daniela Vasconcellos. **Revista de Direito Privado**, v. 29, p. 78 Jan. 2007. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d8ddfb1dc1999dc35&docguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&hitguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=64&context=229&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

Ao analisar essa possível solução, Antonio Minhoto constata que “o sistema jurídico-normativo vigente, tal como o conhecemos, não exibe ou não mostra condições de resolver uma problemática surgida ou nascida em si mesmo”, isso ocorre pela falta de “elementos lógicos, integrantes deste sistema, capazes de resolver esta questão”. Amparado por Ricardo Guastini e José Juan Moreso, o autor afirma que não há estabilidade na solução adotada com a prevalência de um princípio em detrimento de outro. E também considera que tal decisão valeria somente para o caso concreto, não sendo possível estendê-la a outros. Frisa o autor que a subjetividade e particularidade envolvidas na solução contrariam a racionalidade de que deveria guiar as decisões no ordenamento jurídico.[342]

Sem a intenção de estender e aprofundar a discussão faz-se necessário citar também a crítica de Lenio Streck ao instituto da ponderação. O autor, que a define como o “sopesamento entre fins e meios”, alerta para o fato de que através dela “é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências”.[343] Segue-se com sua reflexão:

> Por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constituconais, deve(ría)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*?[344]

Os citados “casos difíceis”, na definição de Andrea Cezne, “podem ser entendidos como situações para as quais não há regra jurídica explícita que possa resolvê-las, e neste caso haveria a necessidade da construção de uma solução”. Acerca dessa solução, a autora aborda o conflito entre as visões de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para o primeiro, que segue o pensamento positivista e defende o “exercício da discricionariedade judicial”, o direito é “como um sistema aberto, de forma que não haveria vinculação do juiz nos casos em que há um espaço vazio no

---

[342] MINHOTO. Antonio Celso Baeta. Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 68, p. 42. Jul. 2009. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 93. Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d8de21b71cbe0a94a&docguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&hitguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=249&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

[343] STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52.

[344] STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60.

sistema jurídico". Entretanto, Ronald Dworkin, segundo ela, contrário a essa concepção, entende que "continua a ser dever do juiz, mesmo nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retrospectivamente".[345]

Sobre a forma como o judiciário estaria resolvendo a questão, a doutrinadora Heloísa Helena Barboza, em uma entrevista, cita o motivo pelo qual acredita que a criança gerada por fecundação heteróloga terá, futuramente, o direito a conhecer sua origem genética, "porque hoje se tem feito uma distinção entre origem genética e parentalidade/parentesco, ou seja, aquele que forneceu o material genético, necessariamente não será o pai", infere que essa visão tem sido construída usando-se por analogia[346] a Lei de Adoção[347] "que permite ao adotado conhecer sua origem genética, sem desfazer o laço de parentesco com os adotantes que são, não verdade, seus pais", então, segue ela, "hoje já temos até uma lei que pode ser usadas por analogia, mas acho que a jurisprudência[348] já ampara isso", considera.[349]

Analisar-se-ão, nesse ponto, algumas decisões prolatadas pelos Tribunais brasileiros, para se ter uma breve noção do destino dado a questões de mesmo âmbito, sem o intento de aprofundar e esgotar o aspecto jurisprudencial. Apesar de não se tratar de ação de declaração da origem genética oriunda de reprodução assistida, o Recurso Especial nº 807.849 do Superior Tribunal de Justiça considerou,

---

[345] CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 52, p. 51. Jul. 2005. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 71 Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014dc63818c2915bb0d0&docguid=I7306b130f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7306b130f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=425&context=373&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2005.442-n1> Acesso em: 05 jun. 2015.

[346] Miguel Reale esclarece que: "a analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento*: ubi eadem ratio, ibi eadem júris dispositio (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)*. *In*: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

[347] É a Lei 12.010/2009 que traz em seu artigo 48 a redação: "O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos."

[348] "Pela palavra 'jurisprudência' (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais." *In*: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

[349] BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução Assistida e Bioética**: depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da TV Justiça. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

em um Acórdão que manteve o direito ao reconhecimento da relação avoenga, o direito ao conhecimento da origem biológica como um direito da personalidade e seu conceito estreitamente ligado ao Princípio Da Dignidade Humana. Em seu teor:

> Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.
> - Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*.
> - Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. [...]
> - A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que "os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética."
> - Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos n.º 22 WF 359/98), restou decidido que "em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue".
> - Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): "§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.". Recurso especial provido.[350]

Outra decisão relevante, desta vez oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que pode ser utilizada por analogia para garantir a origem genética à pessoa gerada por reprodução heteróloga é a que segue:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. *DIREITO PERSONALÍSSIMO DE BUSCAR A ORIGEM GENÉTICA*. É certo que o reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, mas essa característica, por óbvio, atinge apenas quem efetuou o reconhecimento (o pai registral), jamais a filha que não participou daquele ato. *Não se pode agora pretender levantar contra ela esse argumento para impedir a busca de um direito de personalidade que lhe é inalienável, qual seja a busca da*

[350] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 807849/RJ (24/03/2010). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:

> *verdade acerca de sua origem genética*. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. [351] (Grifou-se)

Neste Acórdão, verifica-se que já existia paternidade socioafetiva, mas foi autorizada a realização de exame de DNA, para buscar-se - e apenas isso - a identificação da origem genética. Em 2013, o Tribunal gaúcho, mais uma vez, pronunciou-se favorável ao conhecimento da origem em uma decisão que permitiu a realização de exame de DNA, custeado pelo Estado, para uma moça que soube pela mãe que seu pai registral (e socioafetivo) não era seu ascendente biológico. Eis o julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. PEDIDO EXCLUSIVO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE, SEM REPERCUSSÃO NO REGISTRO DE NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. 1. Deve ser assegurado à recorrente o direito personalíssimo de buscar a verdade biológica acerca de sua ascendência previsto no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não obstante o desinteresse em desconstituir o registro de nascimento, ante o forte vínculo afetivo existente com seu pai registral. 2. O direito ao conhecimento da origem genética tem sua sede no direito de personalidade, de que toda pessoa humana é titular. *Não se deve confundir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética - sem outros efeitos jurídicos - com o direito ao reconhecimento da filiação*. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.[352] (Grifou-se)

Percebe-se, com estas decisões, que a distinção entre o direito à origem genética do direito à filiação (parentalidade) tem permitido o reconhecimento de ambos de maneira harmônica, sem que haja embate. Como instrumento para tutelar o reconhecimento à origem, observa-se o uso de ação declaratória à qual não tem sido atribuído os efeitos do direito de família (filiação, alimentos, poder familiar etc), nem tampouco do direito sucessório (herança) já que a seara se restringe ao direito da personalidade, é o que se absorve, também, das palavras de Paulo Lôbo:

> [...] a Constituição abandonou a primazia da origem genética ou biológica para fixar a filiação, quando desconsiderou qualquer traço da família patriarcal e exclusivamente matrimonial, quando equiparou aos filhos naturais os filhos adotados e quando atribuiu prioridade absoluta à convivência familiar. Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar um fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais. O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. *Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida*, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas

[351] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70044262517, Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. 01 de janeiro de 2011.
[352] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70052751625, Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. 18 abr. 2013.

> de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos, além de integrar o núcleo da identidade pessoal, que não se resume ao nome. Ao mesmo tempo é forte e razoável 'a ideia de que alguém possa pretender tão apenas investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se de si mesmo'. O estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. [...] *Portanto, não se deve confundir o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não*[353]*.* (Grifou-se)

E aqui, faz-se mister observar que tal tendência - de diferenciar direito à origem e estado de filiação, para possibilitar a tutela do primeiro -, observada nos julgados brasileiros e defendida por Heloísa Helena Barboza e Paulo Lôbo (como visto acima), são unanimidade na doutrina.

Em outra vertente, embora também haja a distinção (vínculo genético *versus* parentalidade), ela se opera para a negação, de certa forma, do vínculo genético. E o faz com base numa tendência constitucional de atribuição de parentalidade à família socioafetiva. Cita-se, nessa corrente, Edison Namba e Ciocci e Borges Jr., os últimos afirmam que "nos casos de tratamentos com doação de gametas, não há vínculo genético e o consentimento, [...] é determinante para a análise de questões [...] como a paternidade", isso porque, e seguem os autores: "nossa Constituição não elegeu a origem biológica como fundadora da família, mas sim amparou-se na relação construída no afeto e convivência familiares"[354]. Já Edson Namba concebe que "a origem biológica [...] nada mais é que a vetusta tradição da paternidade e da maternidade em razão do sangue, o que, [...] não mais deve sobrelevar o exercício responsável de uma ou de outra função".[355]

Ainda, em uma terceira posição doutrinária, Maria Helena Diniz e Luciano Dalvi igualmente reconhecem a distinção entre os vínculos, mas consideram que esse vínculo poderia gerar efeitos de filiação e paternidade, caso contrário, o melhor seria proibir o uso dessa técnica. Nas palavras de Luciano Dalvi, "a fecundação heteróloga causa tantos transtornos que deveria ser proibida pelo princípio da

---

[353] LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227-228.

[354] CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. *In*: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 284-285.

[355] NAMBA. Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

dignidade da pessoa humana e o direito à informação genética". E, detidamente, reflete o autor:

> A questão não é ir na consequência (quem é o pai), mas na origem (quem criou esta dúvida), e por conseguinte, descortinar todo o malefício social causado pela reprodução assistida heteróloga. O filho não irá saber de quem cobrar a herança, pois imagine que na época da concretização da reprodução assistida heteróloga, o marido da mulher que está fazendo a reprodução morre. E nove meses depois, nasce o filho, o qual é criado sozinho pela mãe, por toda a vida. Acontece que, um determinado dia o filho descobre a identidade de seu pai biológico. Ora, não teria ele o direito de exigir esta confirmação de paternidade, herança e cuidados pessoais? Claro que sim. Não existe paternidade afetiva, neste caso, então o único pai é o biológico. O pai que realizou a doação de sêmen, na época, deveria saber das consequências que isso poderia desencadear no futuro. Se o direito permitir que se faça este tipo de reprodução assistida [...] um homem poderá ser pai de 500 filhos, sem obrigação nenhuma com eles, e mesmo que este queira ser pai destes filhos, como dará conta de 500 paternidades? Impossível! Portanto a saída para este problema encontramos no princípio da proporcionalidade, isto é, o custo-benefício da reprodução assistida heteróloga compensa? A resposta é negativa [...] a opção por esta reprodução [...] não é a única viável, e mais do que isso, é *eticamente inviável*.[356]

Já Maria Helena Diniz adverte que "o anonimato do doador do material fertilizante traz em si a perda da identidade genética do donatário" e, ainda, "a possibilidade de incesto e degeneração da espécie humana". Para ela, é preciso que tal conquista científica não fique sem limites jurídicos, mais do que isso, deve-se "coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade". Porém, se impossível for a vedação da prática, que rigorosa seja sua regulação.[357] E junta-se ao coro, a voz de Elio Sgreccia, também contrário ao anonimato que afirma:

> É, de qualquer modo, duvidosa a legitimidade de uma disposição que cubra com o segredo verdadeiro a verdadeira paternidade do filho: todo cidadão tem direito - e este direito é explicitamente reconhecido em muitos Estados - de saber quem são seus pais.[358]

Ocorre que processo de produção de normas jurídicas encontra dificuldades para acompanhar o desenvolvimento dos avanços biotecnológicos, assim consideram Regina Sauwen e Severo Hryniewicz, que expõem: "é praticamente impossível produzir normas em número e essência apropriados às novidades".

---

[356] DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 193-194.
[357] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 682-683.
[358] SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. I Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 415.

Porém, até que sejam elaboradas “normas precisas sobre o procedimento” na área, “as regras que valem são as produzidas no âmbito da chamada ética profissional médica”.[359]

Maria Helena Diniz lembra que “enquanto não advier legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que *tudo aquilo que não está proibido está permitido*”. Segundo ela, além do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, para “frear a atividade jurisdicional [...] ante a complexidade dessa temática” devem ser utilizados os “princípios gerais de direito comparado, [...] sempre levando em conta o respeito à dignidade humana”.[360] Importa que se verifique de que forma a questão vem sendo tratada no âmbito internacional, e este é o objetivo do próximo e último tópico deste estudo.

2.3.2 Aspectos do direito comparado e projetos de lei

No direito europeu, os principais fundamentos do direito ao conhecimento da origem biológica são encontrados na “combinação do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948[361], com o disposto no artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950[362]”, tais dispositivos “outorgam a toda pessoa o direito à liberdade de opinião e de expressão” e tais fundamentos são os reveladores do direito em questão. Tal proteção vem sendo desenvolvida de duas formas diversas dentro das nações europeias. Há países, como Alemanha, onde o “sistema jurídico está aberto à recepção e ao

[359] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 40-41.
[360] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 747.
[361] Aduz o artigo 19: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.” *In*: Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html> Acesso em: 23 mai. 2015.
[362] O texto do artigo inclui: “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. [...]”. *In*: Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> Acesso em: 23 mai. 2015.

desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial" deste direito, mas em outros, e a França é o exemplo aqui, em que "o direito interno é mais resistente à recepção desta categoria, predominando o direito ao segredo familiar em relação aos genitores da criança e ao segredo" dos profissionais envolvidos.[363]

No direito francês é admitido o "segredo da filiação biológica", o que obsta à criança o "direito de conhecer a identidade de seu genitor", bem como de toda "informação alusiva à sua concepção".[364] O artigo 334-9, do Código Civil francês, dispõe que "todo reconhecimento é nulo, todo o pedido de investigação inadmissível, quando o filho tenha filiação legítima já estabelecida pela posse do Estado". Para Belmiro Welter a lei, "embora valorando a verdade biológica, traz inserida também uma influência de cunho sociológico, caracterizado pela verdade afetiva" que prevalece[365].

Enquanto isso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, já em 31 de janeiro de 1989, afirmou em uma "histórica decisão" que a partir desta data, constituía-se "um 'novo direito', o direito ao conhecimento da própria origem genética", Elimar Szaniawski prossegue:

> A jurisprudência alemã, através de sua Corte Constitucional Federal, tomando posição inovadora sobre a matéria, decidiu no sentido de que *todo filho, nascido de inseminação artificial heteróloga, ao atingir a maioridade, possui o direito de conhecer seu verdadeiro pai biológico*, *com vistas de alterar seu estado familiar* e pedir esclarecimentos sobre sua verdadeira origem e ascendência biológica.[366] (grifou-se)

Dois pontos merecem ser ressaltados aqui. Primeiro que a doutrina e a jurisprudência alemã, durante muito tempo, negaram o "direito de ação destinado ao

---

[363] SZANIAWSKI, Elimar. O ECA na era do direito ao conhecimento da origem biológica. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 4, p. 41 – 77. jul – dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d83410ba257020d2b&docguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&hitguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&spos=2&epos=2&td=9&context=182&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 23 mai. 2015.

[364] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 699.

[365] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**, v.14, p.111-147, abr-jun. 2003. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 413-454, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014d3b0aab27c9fd8521&docguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&hitguid=I2d886330f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=233&context=49&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

[366] SZANIAWSKI, Elimar. O ECA na era do direito ao conhecimento da origem biológica. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 4, p. 41 – 77. jul – dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d83410ba257020d2b&docguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&hitguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&spos=2&epos=2&td=9&context=182&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 23 mai. 2015.

conhecimento da identidade" ao filho, não em decorrência da salvaguarda da identificação do pai biológico, mas sim por proteção à mãe. Entendia-se haver aí uma colisão com o "direito à intimidade da mãe, que poderia querer manter em segredo seus relacionamentos amorosos". O direito ao conhecimento da própria origem biológica fortificou-se, no país, através de construção jurisprudencial e da "promulgação da Lei Fundamental de Bonn" cujos artigos "tutelam a dignidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana", protegendo a "dignidade humana e tudo aquilo que diga respeito à essência do homem".[367]

Outro aspecto relevante, trazido pela fala de Elimar Szaniawski é que o reconhecimento do direito à origem biológica, na jurisprudência da Alemanha é feito "com vistas de alterar o estado familiar". Uma visão diferente da que vem sendo empregada nos julgados brasileiros, mas que merece atenção como mais uma forma de solução possível para o conflito abordado nesta pesquisa e encontra algum eco, por exemplo, na doutrina brasileira de Maria Helena Diniz, Luciano Dalvi e Elio Sgreccia.

Também as Leis suecas de 1984 e 1988 "asseguram ao filho concebido, o direito de acesso aos dados do doador de gametas tão logo tenha alcançado a maturidade". Na Áustria, em 1992 entrou em vigor a "Lei sobre Medicina da Reprodução" que admite, em caráter excepcional, a modalidade heteróloga e assegura ao filho assim concebido, "ao completar 14 anos, o direito de conhecer a identidade de seu pai biológico".[368] E, também, a Nova Zelândia garante a "identificação do doador para seu descendente genético".[369]

Vários países europeus aboliram recentemente a garantia de anonimato ao doador de esperma, entre eles Suécia, Suíça, Holanda, Noruega e Reino Unido. Isso fez cair o número de doadores nesses países e criou um "mercado de 'turismo para fertilização' na Dinamarca", onde a legislação garante o anonimato do doador. É lá

---

[367] SZANIAWSKI, Elimar. O ECA na era do direito ao conhecimento da origem biológica. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 4, p. 41 – 77. jul – dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d83410ba257020d2b&docguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&hitguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&spos=2&epos=2&td=9&context=182&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 23 mai. 2015.

[368] SILVA, Reinaldo Pereira.O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83-86.

[369] BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética:** uma visão panorâmica. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 163.

que fica o maior banco de fertilização *in vitro* do mundo, com uma filial, inclusive, em Nova Iorque, estado norte americano onde a doação de gametas é confidencial, "mas dados de identificação do doador podem ser liberados por ordem judicial". Curioso observar a vantagem econômica que a Dinamarca obteve com a manutenção do anonimato.[370]

Mais restritiva, a lei no Líbano só admite doação de óvulos, para serem fecundados pelo marido da doadora e o embrião transmitido para outra esposa dele, já que "a tradição e a legislação permitem ao homem possuir mais de uma esposa", porém, a "doação de espermatozoides é proibida em qualquer hipótese".[371] E, na Itália, a Lei 40/2004 "afasta a reprodução heteróloga", na visão de Maria Helena Diniz: "para garantir uma biparentalidade genética ao filho e o direito à identidade psicoexistencial".[372]

Voltando ao Brasil, Heloísa Helena Barboza classifica a regulamentação existente, "na melhor das hipóteses", como administrativa, "que é a do Conselho Federal de Medicina e também a da Agência Nacional de Vigilância Sanitária", além disso, destaca a preocupação do Conselho com a ética de suas normas, "que são bastante razoáveis", mas teria que ser feito um estudo pra ver se todos os princípios éticos são respeitados, alerta. A pesquisadora informa que já existem no Congresso Nacional[373] "vários projetos" sobre a reprodução humana assistida, "na Câmara, estão tramitando mais de oito, são dois ou três no Senado". E ressalta que entre eles há "divergências profundas", por exemplo, "alguns projetos admitem a gestação de substituição (que seria a barriga de aluguel) e outros a proíbem". [374]

O mais recente projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados é o de número 115 de fevereiro de 2015, do Deputado Juscelino Rezende Filho e traz a

---

[370] BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. GOMES, Fábio de Barros Correia. **Regulamentação e projetos existentes a respeito de bancos de esperma**. 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2005_157.pdf> Acesso em: 23 mai. 2015

[371] BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética:** uma visão panorâmica. Porto Alegre: Edipucrs, 2011, p. 163.

[372] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 700.

[373] Tramitam no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) os projetos relativos a essa questão por ser da alçada do Direito Civil, cuja competência para legislar é da União, conforme artigo 22 da Constituição Federal: "compete privativamente à União legislar sobre: I - *direito civil*, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;" (Grifou-se).

[374] BARBOZA, Heloisa Helena**.** Reprodução Assistida e Bioética**:** depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da **TV Justiça**. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: **<**https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

seguinte ementa: “institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais”. O artigo 19 aborda o anonimato do doador mantendo-o como regra geral, e reconhece o direito ao conhecimento da origem genética, mas o condiciona à sentença judicial, ou seja, fica a critério da discricionariedade do magistrado. Preceitua o projeto:

> Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.[375]

Tal proposição foi apensada ao Projeto de Lei 4.892/2012 de autoria do Deputado Eleuses Paiva, que traz o mesmo texto, inclusive no mesmo artigo 19.[376] Antes disso, em 2004, o Deputado José Carlos Araújo apresentara a proposta de número 4.686, que também ainda está tramitando (em conjunto com outros projetos de mesma natureza) no qual introduz o artigo 1.597-A ao Código Civil. Tal dispositivo visa a assegurar “o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona”. Em seu teor:

> Art. 1597- A. As instituições de saúde, detentoras de licença de funcionamento concedidas na forma da lei, que realizarem Reprodução Assistida, e os profissionais responsáveis pela execução dos procedimentos médicos e laboratoriais pertinentes, estarão obrigadas a manter em arquivo sigiloso, e zelar pela sua manutenção, todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V, do artigo anterior. § 1º. À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é assegurado o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, *a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica*, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissionais e de justiça. § 2º A maternidade ou paternidade biológica resultante de processo de reprodução assistida heteróloga não gera direitos sucessórios.

[375] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 115/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1CE0546B042D984DEF917AAF65F274B8.proposicoesWeb1?codteor=1296985&filename=PL+115/2015> Acesso em: 24 mai. 2015

[376] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.892/2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012> Acesso em: 24 mai. 2015

> § 3º O conhecimento da verdade biológica impõe a aplicação dos artigos 1521, 1596, 1626, 1628 (segunda parte) deste Código. (Grifou-se)[377]

Os dois últimos artigos citados no §3º deste projeto já foram revogados, mas os outros dois se referem a imposições relativas ao casamento e à igualdade entre filhos. Observa-se que estaria permitida a instituição da paternidade e maternidade oriundas de doação de material genético na reprodução assistida, situação combatida por alguns dos doutrinadores[378] ora analisados.

Já o projeto de lei 1.184 de 2003, assegura o anonimato, mas o mitiga para os casos estabelecidos na lei, que são principalmente questões de saúde e do direito ao conhecimento da origem, além disso, é clara a instituição da filiação aos "beneficiários das técnicas", ou seja, reconhece a filiação socioafetiva como aquela que prevalece, dando segurança jurídica ao instituto.

> Art. 9º [...] § 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça. [...]
> Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.
> § 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos. [...]
> Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.[379]

Para Heloísa Helena Barboza, a elaboração desta legislação "já está atrasada", isso porque a reprodução assistida "é realidade no Brasil há mais de dez, vinte anos[380]". Essa demora se dá, explica ela, em função de que, só recentemente as técnicas reprodutivas começaram a ser fornecidas pelo Sistema Único de Saúde, até então, eram realizadas apenas em clínicas particulares e custavam caro, por

---

[377] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.686/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259391&filename=PL+4686/2004> Acesso em: 24 mai. 2015.

[378] Entre eles: Heloísa Helena Barbosa, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Paulo Luiz Netto Lôbo.

[379] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003> Acesso em: 24 mai. 2015.

[380] "O primeiro caso de uma criança que nasceu por doação de gameta, no Brasil, foi em 1984". SCHEFFER, Bruno. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. TV Brasil. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015

esse fato as demandas não chegavam aos Tribunais, já que as questões eram resolvidas de forma mais velada entre as famílias. Ainda hoje, a seu ver, as discussões não chegam em número significativo ao judiciário.[381]

Na instituição da "legislação específica que nós já precisamos", deve haver uma "harmonização das normas éticas com os princípios jurídicos consolidados na Constituição". Os princípios éticos, na visão da pesquisadora, tais como, "basicamente, respeitar a autonomia, não causar mal para as pessoas (o princípio da beneficência) e dar o acesso a todos a essas técnicas" precisam ser observados e ele unirem-se os princípios gerais constitucionais, principalmente "a tutela da pessoa humana, a preservação fundamentalmente da dignidade". E essa proteção deve abranger a todos os envolvidos, ao casal, ao terceiro que venha a participar, mas especialmente à criança que vai nascer, que precisa ter devidamente tutelados os seus direitos tais como à parentalidade, à convivência familiar, ao conhecimento da origem genética, "sem, necessariamente, desfazer o parentesco que se forma com a utilização das técnicas".[382]

A enfermeira Glauciléia Campos e o advogado Cláudio Rocha vêm lembrar que "os avanços científicos não mais retrocederão".[383] E, Daniela Gomes, que "os grandes avanços alcançados pela biotecnologia proporcionam para a sociedade contemporânea possibilidades antes impensadas", mas trazem junto vários dilemas a serem enfrentados pela bioética e pelo biodireito. Os princípios bioéticos são um "norte orientador", mas não bastam para solucionar os "conflitos insurgentes na sociedade contemporânea", por isso em "qualquer reflexão bioética há de ser considerado o princípio da dignidade da pessoa humana, como elemento fundamental e inafastável".[384]

---

[381] BARBOZA, Heloisa Helena**.** Reprodução Assistida e Bioética**:** depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da **TV Justiça**. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: **<**https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

[382] BARBOZA, Heloisa Helena**.** Reprodução Assistida e Bioética**:** depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da **TV Justiça**. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: **<**https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

[383] ROCHA, Cláudio; CAMPOS, Glauciléia. Filhos gerados por gametas doados. (Org.). **Bioética no início da vida**: dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 86.

[384] GOMES, Daniela Vasconcellos. **Revista de Direito Privado**, v. 29, p. 78 Jan. 2007. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d8ddfb1dc1999dc35&docguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&hitguid=I84cf1c50f25211dfab6010000000000&spos=19&epos=19&td=64&context=229&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

E vale ressaltar, neste ponto, a lição do professor Ingo Sarlet sobre a amplitude da noção de dignidade da pessoa humana. É um “conceito normativo-jurídico” de “categoria axiológica aberta” por necessitar de “uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional” de acordo com o “pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas”. E, mesmo não se reduzindo a isso, ela implica em limite, para garantir que a pessoa não possa “ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros”, para essa proteção, ela gera “direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças”.[385] Refletem Sauwen e Hryniewicz:

> Séculos e séculos de civilização jurídica deram ao homem o mais absoluto dos direitos: a tutela da personalidade. Séculos e séculos de civilização médica colocam em risco sua inviolabilidade e respectiva não comercialização. Kant, para quem a pessoa nunca é meio, mas sempre fim, se vivo fosse, talvez perguntasse: O homem é principalmente um ser composto de genes ou de dignidade?[386]

O encerramento do estudo, ora apresentado, chega, no momento mesmo em que se constata que o nascimento de uma criança por reprodução assistida heteróloga no Brasil ainda não é questão homogênea e pacífica, jurídica e doutrinariamente falando. Ao contrário, imbui-se de conflitos de natureza ética, de incertezas quanto aos direitos futuros de todos os envolvidos e de questionamentos vários. Entretanto, incumbe-se, a bioética, de impedir que cessem as perguntas, as múltiplas visões e os debates interdisciplinares, em uma força-tarefa que visa a defender a vida, em todas as suas formas, e à pessoa humana, em tudo o que nela há de essencial. Um empenho a que se une o Direito, pois possui, em sua gênese, a mesma razão de ser.

---

[385] SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Jan/jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> Acesso em: 06 jun. 2015.

[386] SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”:** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 154.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível observar, no decorrer do presente estudo, que junto às descobertas proporcionadas pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia, trágicas consequências mostraram-se possíveis graças a tal fenômeno. E, num vetor contrário, à medida que a vida e a dignidade são ameaçadas, emerge um esforço ético, multidisciplinar, internacional, conceituado e fortalecido como Bioética.

Mostra-se o Biodireito como uma consonância com as preocupações Bioéticas em defesa e preservação da vida no campo normativo do Direito, mas sua concepção não é unanimidade, tendo em vista a doutrina que questiona o neologismo e seus princípios.

Com o objetivo de identificar quais os limites possíveis ao uso das novas tecnologias, para que não se afrontem os valores inerentes ao ser humano, chega-se ao princípio da dignidade humana, preocupação que remonta aos filósofos da antiguidade, e aos Direitos Humanos legado de um doloroso e aviltante pós-Segunda Guerra mundial. Ambos apontando a um valor intrínseco do ser humano, e a inerentes direitos a essa concepção relacionados.

Analisa-se então, o caso concreto do conflito entre o direito ao anonimato e o direito à origem genética, gerado por prática relativamente nova - possibilitada pelo desenvolvimento tecnológico da ciência reprodutiva - a reprodução humana assistida. Delimitam-se minimamente os direitos envolvidos na disputa e chega-se à constatação de que lei alguma disciplina especifica e adequadamente a matéria no direito brasileiro.

Mas, como ao direito brasileiro é dado resolver-se, os juízes são impelidos a preencher a lacuna observada e, para isso, dispõem da analogia à lei de adoção, da jurisprudência, ainda não consolidada, e dos princípios constitucionais (e bioéticos). Chega-se novamente à dignidade da pessoa humana como recurso fundamental e derradeiro a ser sopesado.

E, nesse ínterim, mostra-se frágil o sistema jurídico brasileiro, pois um juiz munido, claro, de um importante princípio – a dignidade da pessoa humana – porém, uma “categoria axiológica aberta” terá que decidir sobre as dignidades de quatro pessoas envolvidas na celeuma: o doador de material genético, o casal que buscou a técnica e a criança que vai nascer.

Necessário seria a promulgação de lei, após amplo debate multidisciplinar sobre as questões éticas envolvidas, para o estabelecimento das diretrizes que tal situação precisa seguir e, assim, respeita-se a democracia e os anseios bioéticos.

Mas, a busca pelo consenso não seria tarefa fácil, percebe-se isso a partir das grandes divergências analisadas entre os doutrinadores. Embora haja um aparente consenso entre eles de distinguir direito à origem de direito à filiação/parentalidade, os desdobramentos diferem em três principais linhas de convicção.

Há os autores que consideram que não é possível a mitigação do anonimato do doador de material genético, em nome da manutenção do uso da técnica de reprodução assistida e tendo-se em vista a tendência da Constituição de privilegiar a filiação socioafetiva, que viria de encontro a essa visão.

Existem ainda os que, de opinião diametralmente oposta, não concebem situação familiar gerada pela reprodução assistida heteróloga, principalmente por contraporem-se a uma ideia de paternidade que não possa gerar efeitos no Direito de Família e Sucessório e por serem contrários às demais consequências que a doação de material fecundante acarretaria.

E, por fim, noutra linha, doutrinadores entendem possível que se estabeleçam ambos os direitos sem que um interfira no outro. Isso se mostra possível com a vedação dos efeitos do direito de família (filiação, poder familiar, alimentos) e sucessórios a ambos, pessoa gerada e doador de material genético. Tal tem sido o norte encontrado nas decisões do judiciário brasileiro.

Observa-se, na última posição citada, que, além de ser uma solução que aparentemente pacifica a questão por tutelar os direitos envolvidos, ainda há nela muito de dissenso, pois não passa despercebido que, junto ao afastamento dos efeitos de parentesco, há o desligamento dos efeitos patrimoniais.

Também se destaca que, no inciso V do Artigo 1.597 do Código Civil, possa ter ficado algum resquício de antigo excesso de importância atribuída ao casamento, ao deixar-se por conta de uma presunção, a paternidade absoluta e irrenunciável de filho gerado por reprodução assistida.

Por fim, ressalta-se que a intenção não foi – e não poderia ter sido – a de esgotar as nuances do assunto abordado. E que, nota-se, da bibliografia pesquisada, a amplitude do debate em curso e a importância de fazê-lo, para que se

chegue, enfim, a uma direção ética e uma legislação adequada que, constitucional e dignamente, tutele os direitos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**, v. 838, p. 87, ago. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=I34bb3100f25111dfab6f010000000000&hitguid=I34bb3100f25111dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 2. out. 2010, p. 995. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014970db8db09adc80ff&docguid=If2d6a160682011e181fe000085592b66&hitguid=If2d6a160682011e181fe000085592b66&spos=7&epos=7&td=962&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 02 Nov. 2014.

ARISTÓTELES. **A Ética**: textos selecionados. 2. ed. Traduzido por Cássio M. Fonseca. São Paulo: Edipro, 2003.

ARAUJO, Ana Laura Vallarelli Gutierres. Biodireito: O Direito da Vida. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** v. 51, p. 111, abr. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=I6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I6d2d7ff0f25311dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

BADALOTTI, Mariangela. Bioética e Reprodução Assistida. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética:** uma visão panorâmica. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena**.** Reprodução Assistida e Bioética**:** depoimento [21 de outubro, 2013]. Brasília: Programa Justiça Sem Fronteiras da **TV Justiça**. Entrevistador: Desembargador Manoel Carpena Amorim. Disponível em: **<**https://www.youtube.com/watch?v=ZDqUI2q43KE> Acesso em: 20 fev. 2015.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo; ABEL, Henrique. Direito e Bioética no Século XXI: O papel da proteção jurídica da dignidade humana no estabelecimento de marcos

normativos adequados. **Revista da AJURIS**, v. 41, nº 136, 2014. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/369> Acesso em: 11 abr. 2015.

BARROCA, Tatiana. Banco de sêmen. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no início da vida**: dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006.

BARROS, Marco Antonio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. Dna e sua utilização como prova no processo penal. **Revista dos Tribunais**, v. 873, p.397- 406, jul. 2008. Doutrinas Essenciais Processo Penal, v. 3, p. 953- 966. Jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d3f69b45f290233df&docguid=I65834a20f25111dfab6f010000000000&hitguid=I65834a20f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=998&context=16&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 10 mai. 2015.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false > Acesso em: 09/06/2014.

BRITTO, Carlos Ayres. A Sociedade e o Direito. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 1, jun. 2011, p. 51. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001496b7cdaa7ab5aed77&docguid=I2afba590682111e181fe000085592b66&hitguid=I2afba590682111e181fe000085592b66&spos=1&epos=1&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 01 Nov. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria Legislativa. GOMES, Fábio de Barros Correia. **Regulamentação e projetos existentes a respeito de bancos de esperma**. 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2005_157.pdf> Acesso em: 23 mai. 2015

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836> Acesso em: 05 jun. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo, mai. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em: 05 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 23/2011**. Disponível em:

<http://www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br/index.php/download/category/122-arquitetura-de-projetos-de-saude?download=1072:resolucao-rdc-n-23-2011-banco-de-celulas-e-tecidos-germinativos-bctg-republicada> Acesso em: 21 mai. 2015.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Bioética. **Processo de elaboração da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.sbbioetica.org.br/wp-content/uploads/2011/11/PROCESSO_DE_ELABORACAO.pdf Acesso em: 22 fev.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 807849/RJ** (24/03/2010). Relatora Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento nº 70044262517**, Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. 01 de janeiro de 2011.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana**: Ética e Direito. Campinas: Edicamp, 2003.

CAMARGO, Renata Panizza. Panorama nacional da infertilidade. In: MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. (e cols.) **Psicologia e Reprodução Humana Assistida:** uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Santos, 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. A Lei de Biossegurança (lei 11.105/2005) e os novos crimes contra o patrimônio genético humano. **Ciências Penais**, v. 7, p. 182, jul. 2007. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v.6, p. 757, mar. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014bb42cb381ff26eb32&docguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&hitguid=I14219730f25211dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=472&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 22 fev. 2015.

CARVALHO, Thais Dai Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto Eugênico: uma questão biojurídica. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CEZNE, Andrea Nárriman. **A Teoria dos Direitos Fundamentais**: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin E Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 52, p. 51. Jul. 2005. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v. 1, p. 71 Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014dc63818c2915bb0d0&docguid=I7306b130f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7306b130f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=425&context=373&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2005.442-n1> Acesso em: 05 jun. 2015.

CIOCCI, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. Bioética e direito em reprodução humana assistida. *In*: BORGES JÚNIOR, Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. Reprodução humana medicamente assistida. *In*: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no início da vida:** dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e Biodireito. Desafios Bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COCO, Elvira Martinez. Un intento de respuesta al por qué y el para que de la inseminación y fecundación artificiales. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1199, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=Ic24607106f3311e1b966000085592b66&hitguid=Ic24607106f3311e1b966000085592b66&spos=14&epos=14&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 06 abr. 2014.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito:** a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CORREIA, 2002 *apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.9.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da Filosofia do Direito. Traduzido por Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed., ver. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Ética, códigos e deontologia em tempo de incertezas. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010.

DURKHEIN, Émile. **Lições de Sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Silvia da Cunha, **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar a bioética:** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FREITAS, Patrícia Marques. Determinação da filiação e abortamento sob amparo da Constituição Federal de 1988. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). **Biodireito Constitucional questões atuais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FREITAS, Susana Ferreira. O anonimato do dador e o direito a conhecer a própria origem: uma aproximação de direito comparado. **Dereito,** v. 19, p. 41-69, 2010. Disponível em: <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7940/1/02.Ferreira.pdf> Acesso em: 19 abr. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira**. A Nova Filiação**: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código. **Revista dos Tribunais**, v. 817, p. 11, nov. 2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=I099337c0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I099337c0f25111dfab6f010000000000&spos=24&epos=24&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, v. 18, p. 21, abr-jun. 2004. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 4, p. 521-543, ago. 2011. Disponível em: < http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014d3ad89c8000a6cdd9&docguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&hitguid=I71b42b70f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=25&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 09 mai. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon da. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. **TV Brasil**. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015

GARRAFA, Volnei. **Conselho Nacional de Bioética: a iniciativa brasileira**. Disponível em: <http://www.unesco.org.uy/shs/red_cnb/es/areas-de-trabajo/ciencias-

sociales/bioetica/red-de-alc-de-comites-nacionales-de-bioetica/cnb-de-brasil.html>Acesso em: 22 fev. 2015.

GARRAFA, Volnei. **Questões de Bioética**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero8/painel51.htm> Acesso em: 02 Nov. 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada**: família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, nº2, p. 86-92, 2006. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Origem%20da%20Bio%C3%A9tica/ORIGEM%20DA%20BIO%C3%89TICA.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2014.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **Revista de Direito Privado**, v. 29, p. 78 Jan. 2007. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d8ddfb1dc1999dc35&docguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&hitguid=I84cf1c50f25211dfab6f010000000000&spos=19&epos=19&td=64&context=229&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. **Revista de Direito Privado**, v. 22, p. 136, abr. 2005. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1295 ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=Ib8174610f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ib8174610f25111dfab6f010000000000&spos=11&epos=11&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões jurídicas em torno de inseminação artificial. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. v. 1, p. 1179, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=Ic2794c106f3311e1b966000085592b66&hitguid=Ic2794c106f3311e1b966000085592b66&spos=4&epos=4&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

HABERMANS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Traduzido por Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 781, p. 71 – 78. Nov. 2000. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 645 – 654, Ago 2011. Disponível em: http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/documen

t?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d8beeb209ec11d5d4&docguid=Id0541100f25011dfab6f010000000000&hitguid=Id0541100f25011dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=4000&context=16&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

HOSSNE, William Saad; VIEIRA, Sonia. A importância do protocolo na pesquisa que envolve seres humanos. In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010.

HOTTOIS, Gilbert; PARIZEU, Marie-Hélène. **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

IDALÓ, Marcella Franco Maluf. A reprodução assistida em face ao biodireito e sua hermenêutica constitucional. **Revista Jurídica Uniaraxá**, Araxá, v. 15, n. 14, p. 137-162, 2011. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/31>. Acesso em: 06 abr. 2014.

JAHR, Fritz. **Bioética: um panorama da ética e as relações do ser humano com os animais e plantas.** Ano 1927. Tradução: Carlos Roberto Fernandes, 2009. Disponível em: <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Origem%20da%20Bio%C3%A9tica/BIO%C3%89TICA%20POR%20%20FRITZ%20JAHR.pdf.>. Acesso em: 06 abr. 2014.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Traduzido por Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

KIPPER, Délio José. Comissões de Ética Profissionais. Comitês de Bioética Institucionais. Comitês de Ética em Pesquisa. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). **Bioética: uma visão panorâmica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição*. In:* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.) **Biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. Disponível em: < https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813> Acesso em: 16 mai. 2015.

LOLAS, Fernando. **Bioética:** O que é, como se faz. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial:** um desafio bioético. Buenos Aires: Depalma, 1995.

MAFFEIS, Ricardo. **Reale e Moreira Alves defendem novo Código**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7510-7509-1-PB.htm> Acesso em: 05 jun. 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MINHOTO. Antonio Celso Baeta. Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 68, p. 42. Jul. 2009. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 1, p. 93. Ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d8de21b71cbe0a94a&docguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&hitguid=I8ba8b120f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=249&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 25 mai. 2015.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas**. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/livros/apostila6.pdf> Acesso em: 26 Nov. 2014.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Esperança e Responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAMBA. Edison Tetsuzo. Direito à identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens e a reprodução assistida heteróloga. **Revista dos Tribunais**, v. 905, p. 67-87, mar. 2011. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, v. 1, p. 1385-1406, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001453886001e322d4091&docguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&hitguid=I0d6526a0774011e0a8bf0000853f87ee&spos=2&epos=2&td=132&context=53&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2015.

NAVARRO, Andreya Mendes de Almeida Scherer. **O Obscuro Objeto do Poder**: ética e direito na sociedade biotecnológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade Pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PATTI, Salvatore. Sulla configurabilitá di um diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche. In: FERRANDO, Gilda. (a cura di) **La procreazione artificiale tra ética e diritto**. Padova: Cedam, 1989.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe**. Bioética e Biodireito**: um desafio interdisciplinar em nome da garantia e da proteção à vida. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/henrique_mioranza_koppe_pereira.pdf> Acesso em: 05 abr. 2015.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6 ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002.

PESSINI, Leo. Qual antropologia para fundamentar a bioética em tempo de incerteza? In: PESSINI, Leo; SIQUEIRA, José Eduardo; HOSSNE, Willian Saad (Orgs.). **Bioética em tempo de incertezas.** São Paulo: Loyola, 2010.

PESSINI, Leo. Introdução à edição brasileira. In: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=1i-WZeYTqicC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 09/06/2014.

PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança - estudo de direito comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 645, p.7 – 12, jul. 1989. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões,** v. 4, p. 263 – 271, ago. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d6468bb758836cbb7&docguid=I43dec140f25811dfab6f010000000000&hitguid=I43dec140f25811dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=1298&context=3&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 17 mai. 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. Disponível em: <http://www.ead.unb.br/aprender2013/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale> Acesso em: 01 Nov. 2014.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-jur%C3%ADdicas-da-insemina%C3%A7%C3%A3o-artificial-heter%C3%B3loga> Acesso em: 14 mar. 2015.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Fundamentos Constitucionais da Bioética**. 2006. 322. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade de Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. Disponível

em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp026313.pdf Acesso em: 15 jun. 2014.

ROTONDA, Adriana E. **Procreación Humana Artificial**: um desafio bioético. Buenos Aires: Depalma, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Jan/jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> Acesso em: 06 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro":** Da bioética ao biodireito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHEFFER, Bruno. Reprodução assistida: depoimento [23 de março, 2012]. Programa Sem Censura. **TV Brasil**. Entrevistadora: Leda Nagle. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/semcensura/episodio/reproducao-assistida> Acesso em: 21 mai. 2015

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. I Fundamentos e ética biomédica. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212. Rio de Janeiro: Renovar, abr-jun. 1998. Disponível em: em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/17426486/1289977594/name/A+DIGNIDADE+DA+PESSOA+HUMANA+COMO+VALOR+SUPREMO+DA+DEMOCRACIA.doc> Acesso em: 18 mai. 2015.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, v. 816, p. 62, out. 2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000145385df0bb87ef6990&docguid=I09495d80f25111dfab6f010000000000&hitguid=I09495d80f25111dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=159&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 abr. 2014.

SOUSA. Luiz Gonzaga de. **Ética e Sociedade**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=j3UGWXKgl2UC&pg=PA125&dq=o+que+%C3%A9+%C3%A9tica&hl=pt-BR&sa=X&ei=XMVTVI2RMMPIsATOroAY#v=onepage&q=o%20que%20%C3%A9%20%C3%A9tica&f=false> Acesso em: 31 Out 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. O ECA na era do direito ao conhecimento da origem biológica. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 4, p. 41 – 77. jul – dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014d83410ba257020d2b&docguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&hitguid=Iff5a35d0810111e4bfd3010000000000&spos=2&epos=2&td=9&context=182&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 23 mai. 2015.

VALLS, Alvaro L. M. **Da Ética à Bioética**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

VALLS. Alvaro L. M. **O que é Ética**. Editora Brasiliense, 1994. Disponível em: < http://www.fara.edu.br/site/servicos/downloads/colecao/etica.pdf> Acesso em: 31 Out. 2014.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Disponível em: < minhateca.com.br/sergioelds/Documentos/Livros+de+filosofia+e+pol*c3*adtica/*c3*89TICA/ADOLFO+S*c3*81NCHEZ+V*c3*81SQUEZ+-+*c3*89tica,10628829.doc> Acesso em: 31 Out. 2014.

VEATCH, Robert M. Bioética. 3. ed. Traduzido por Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014, p. 3. Disponível em: <http://feevale.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788543004495/pages/3> Acesso em: 21 fev. 2014.

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