



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

REGIS FELIPE CAMPOS

**REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: TEORIA DA REPERSONALIZAÇÃO E
IMPLICAÇÕES ÉTICO-JUDICIAIS**

BARBACENA

2013

REGIS FELIPE CAMPOS

**REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: TEORIA DA REPERSONALIZAÇÃO E
IMPLICAÇÕES ÉTICO-JUDICIAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Presidente Antonio
Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Me. Delma Gomes Messias.

BARBACENA

2013

Regis Felipe Campos

REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: Teoria da repersonalização e implicações ético-judiciais

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em 26/11/2013.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Profª. Esp. Darcilene da Consolação Neves Pereira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Drª. Cássia Rejane Chiericato
Especialista em Direito Público, Direito Civil e Processo Civil – MADEP 0241
OABMG 71.026

Dedico aos meus pais, Gilmar e Veralice, e aos meus irmãos, Weberthy, Igor e Gilmara, pelo apaixonado e incondicional apoio durante estes cinco anos.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os colegas, professores, e minha família, por terem ajudado na construção deste trabalho.

Agradeço ao Dr. Joaquim Gamonal, por ter me aberto as portas do saber jurídico.

Ao grande amigo e eterno professor Mauro Gonçalves, pela paciência e dedicação.

Por fim, àquelas que se tornaram a “cereja do bolo” na minha graduação, Doutoradas Cássia Rejane, Delma Messias e Darcilene Pereira, obrigado por tornarem um sonho realidade.

RESUMO

Com a evolução da sociedade e das técnicas de reprodução medicamente assistidas, faz-se necessário que o direito, em consonância com ambos, também se mostre dinâmico a ponto de acompanhar tais evoluções com o fim de dirimir conflitos e pacificação social. Desta forma, o presente trabalho tem por finalidade maior demonstrar as ferramentas com que o intérprete e operador do direito dispõem para justa e correta efetivação da prestação jurisdicional, quando se deparar com casos que se enveredaram por este ainda obscuro caminho temático. Tal construção se deu através de pesquisa exploratória, documental de abordagem dedutiva e assistemática, ou seja, de abordagem qualitativa. A coleta de documentos foi realizada através de artigos científicos impressos e *on line*, doutrinas, julgados, legislação e sites institucionais. De se concluir que um olhar diretamente voltado ao princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor caminho para dirimir conflitos oriundos da reprodução medicamente assistida, tendo em vista que a colisão de direitos fundamentais, assim postos com a teoria da repersonalização, somente poderá ser solucionada, após a correta “pesagem” dos direitos conflitantes, mediante ferramentas postas por tal teoria.

Palavras-chaves: Reprodução artificial. Repersonalização. Constitucionalização. Direito civil.

ABSTRACT

With the evolution of society and reproduction techniques medically assisted, it becomes necessary that The Law, in line with both, also shows dynamics to the point of following such evolutions in order to settle conflicts and social pacification. In doing so, this work has the major goal of demonstrating the tools which the interpreter and The Law operator have for the fair and correct effectiveness of adjudication, once they come across with cases that embarked in this yet unclear theme path. Such making occurred through exploratory, documentary research of deductive and unsystematic approach, in other words, qualitative approach. The gathering of documents was made through scientific papers, printed and on line, doctrines, adjudicated, legislation and institutional sites. The key words used for the bibliographic set up were: artificial reproduction, repersonalization, constitutionalisation, civil law. To conclude that one directly facing look to the principle of dignity of the human person is the better way to settle conflicts arising from reproduction medically assisted, in view that the collision of fundamental rights, put with the repersonalization theory, could only be solved after the correct “weighing” of the conflictive rights, by the tools of this theory.

Keywords: Artificial reproduction. Repersonalization. Constitutionalisation. Civil law.

Sumário

1	Introdução	15
2	Reprodução Assistida	19
2.1	Métodos	20
2.1.1	Inseminação Artificial	20
2.1.2	Fertilização <i>in vitro</i>	21
2.2	Dos embriões excedentários	21
2.3	Reprodução assistida homóloga e heteróloga	22
2.4	Anonimato dos doadores de material genético	23
2.5	Descoberta da origem genética	24
3	Relações de Parentesco	27
3.1	Filiação e Paternidade	27
3.2	Filiação e Reprodução Artificial	28
3.3	Filiação sócioafetiva	30
4	Teoria da Repersonalização e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.	33
4.1	Eficácia Vertical e Horizontal dos Direitos Fundamentais	36
4.2	Eficácia indireta (mediata) ou indireta (imediata)	37
5	Algumas Questões Polêmicas e a ausência legislativa	39
6	Considerações finais	43
	Referências	45

1 Introdução

O propósito deste trabalho encontra-se escoimado, principalmente, em demonstrar, de forma objetiva, a necessidade de revisão de posicionamento pelos operadores do direito, considerando a nova ordem da constitucionalização do privado, principalmente em relação ao tema proposto, considerando a ausência de atividade legislante.

Inicialmente nota-se que, desde os primórdios, seguindo a precípua da finalidade da existência humana, o homem tem defendido meios de assegurar a perpetuação da espécie. Contudo, com o passar dos anos, podendo-se dizer décadas, a exigência de tal ato, frente os avanços tecnológicos, conjuntamente com os anseios emergentes da sociedade, perpetuaram o surgimento de uma modalidade diferenciada de reprodução humana.

A Reprodução Artificial surgiu no mundo moderno como uma grande alternativa para as pessoas que, por alguma dificuldade, não se mostram capazes de realizar tal anseio, antigo da espécie humana.

Possui modalidades diversificadas, seja a inseminação artificial homóloga, que “é a inseminação havida com material genético (semem e óvulo) do próprio casal”; seja a inseminação artificial heteróloga, que “é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro aproveitando ou não semem ou óvulo de um ou outro cônjuge”; ou ainda a fecundação *in vitro*, quando a fecundação, diferentemente dos casos anteriores, ocorre fora do corpo da mulher.

Verifica-se, outrossim, que a evolução da sociedade é questão completamente afeta à discussão central deste tema. A formação das chamadas famílias homoafetivas, como por exemplo, encontra-se bastante em voga ante as sessões de julgamento dos Tribunais Pátrios, sendo certo que, com a falta de regulamentação pelo ordenamento jurídico, deverá o magistrado, ao ter em sua baila casos desta espécie, utilizar-se de preceitos diversos para que seja julgada a tutela pleiteada.

Dessa forma, considerando que tais métodos artificiais de reprodução humana geram resultados naturalísticos, ou seja, que modificam relações preexistentes legalmente, criando assim novos fatores no “mundo real”, não deve o ordenamento jurídico Pátrio deixar de abraçar a causa, sendo conseqüentemente muito importante a instauração de discussões pertinentes ao tema, a fim de que seja atingida uma segurança jurídica aos relacionados com o caso.

Tal segurança jurídica pode ser aferida com a regulamentação legal, ou seja, com a criação de lei de regência pertinente ao tema, como por exemplo, a Lei de Biossegurança¹; com a edição de resoluções², ou ainda, este mais demorado, através de incessantes divagações doutrinárias a fim de que se atinja um consenso pacífico nos tribunais nacionais.

É importante ainda salientar que não só as normas de direito privado, pré-dispostas no Código Civil de 2002³, deverão ser consideradas quando da análise, no caso concreto das questões acima expostas. Nota-se, junto à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores Nacionais, e ainda, da doutrina emergente acerca da constitucionalização do direito privado, sendo certo que, conforme Freitas (2002, p. 225/238):

neste panorama, o Direito Privado e o Direito Público... precisam encontrar seus fundamentos mais profundos no bojo da Constituição, uma vez que, a rigor, implícita ou explicitamente, qualquer seara deve ser vista como campo nobre de incidência e de concretização das regras e dos princípios constitucionais.

A abordagem da questão da constitucionalização do direito privado, por vezes chamada de teoria da repersonalização, nada mais é que ao se proceder à análise de temas de questões até então ligadas somente ao direito patrimonial, interpretá-las conforme um dos princípios basilares do Estado democrático de Direito brasileiro, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido de forma expressa na Carta Magna.

Neste sentido, importante destacar ainda que não há como deixar de reconhecer que o direito privado, sem exceção de qualquer uma de suas disposições postas, não podem, jamais, entrar em choque com a Constituição (SARTI, 2003).

Lado outro, é necessário verificar que tais questões são como “vias de mão dupla”, onde afere-se não somente os direitos inerentes a um indivíduo, mas sim, de um grupo de pessoas que, também possuem direitos que devam ser respeitados. Neste sentido, em se tratando de conflito de direitos fundamentais, observa Lenza (2011, p. 870) que:

¹ Lei n. 11.105/05

² Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

[...] diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses”, à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer.

Há ainda que lembrar que tais casos também afetam diretamente o direito de filiação, protegido no Código Civil Pátrio⁴, e que, por excelência, são considerados direitos indisponíveis, ou seja, sinteticamente, não podem ser atingidos por “mera disposição” daqueles envolvidos no caso concreto.

Nesse diapasão, cabe ao Direito o papel de delimitar a interferência desse novo meio perante a sociedade, de forma a manter o mínimo possível de organização e regramento, a fim de se preservar, neste caso, não só o conceito de família, mas também, os direitos fundamentais inerentes à pessoa, frente a outros institutos existentes no Direito moderno.

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

2 Reprodução Assistida

Inicialmente, é de grande valia discorrer acerca da reprodução assistida, considerando-se o avanço tecnológico que, em consonância com a acessibilidade da sociedade aos métodos utilizados para a reprodução da espécie humana, tornou-se uma prática de acesso facilitado nos últimos tempos.

Conforme brilhante exposição de Isilda Pegado (2006)⁵, “a reprodução artificial a que alguns chamam de PMA (Procriação Medicamente Assistida) é o conjunto de técnicas médicas que têm por objetivo permitir que casais inférteis possam vir a ter filhos”.

Para Maria Helena Diniz (2002, p.475), a “reprodução humana assistida é o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”.

Diante disso, importante notar que a reprodução assistida está intimamente ligada à questão da infertilidade, seja do casal, seja de um dos indivíduos que está na relação. Em estudo sobre procriações artificiais, Martinelli (2011) salienta que os fatores de infertilidade podem ser vistos como absolutos ou relativos, dando assim origem à esterilidade ou então à chamada hipofertilidade. A primeira, advinda de situações irreversíveis, podendo ainda ser entendida como infertilidade absoluta. Neste caso, somente seria possível procriar por meio da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistidas. Em se tratando de hipofertilidade, verifica-se que a infertilidade advém de causas inexplicadas pela ciência, sendo certo que, então, a procriação pode ser conseguida por meio de terapia tradicional.

Historicamente, verifica-se que a primeira inseminação artificial foi realizada por volta do século XIV por árabes em equinos, e, posteriormente, no século XVIII, em meados do ano de 1779 na Itália, foi coletado o semem de um cachorro e aplicado em uma cadela no cio, a qual pariu três filhotes. No final do mesmo século, um inglês obteve resultados mais satisfatórios. Na década de 1970, tal técnica foi bastante utilizada, porém com baixo índice de sucesso. Já na década de 1980, foi descoberta a técnica de reprodução *in vitro*.

Nesta seara, sobre a origem do procedimento, explica Lopes (2000, p. 585):

⁵ http://www.alamedadigital.com.pt/n4/pdf/reproducao_artificial.pdf

A literatura registra que a primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média. Diz-se que Arnaud de Villeneuve, médico da família real, teria realizado com sucesso uma inseminação artificial com o esperma de Henrique IV de Castela em sua esposa. Todavia, os históricos a respeito do tema na literatura médica habitualmente atribuem o feito da primeira inseminação artificial homóloga ao inglês John Hunter no final do século XVIII. Por outro lado, a primeira inseminação heteróloga aconteceu na Filadélfia, Pensilvânia, em 1884, conduzida por Pancoast, um ginecologista americano.

Verifica-se que os avanços tecnológicos na atualidade não deixam dúvidas quanto à segurança na utilização desta técnica, que, ao longo do tempo sofreu diversas alterações, e hoje, é um meio altamente confiável para aqueles que possuem problemas ligados à fertilidade. Contudo, verifica-se ainda a premente necessidade de o Direito intervir, a fim de assegurar aos envolvidos os direitos oriundos desta relação, seja durante o procedimento, seja após findo, com as suas consequências.

A priori, é necessário entender quais os procedimentos, e como eles ocorrem, para posteriormente analisar os direitos gerados desta relação.

2.1 Métodos

Conforme já exposto, verifica-se que a reprodução assistida sofreu algumas modificações com o transcurso do tempo, vindo a evoluir para formas mais seguras e com resultados mais satisfatórios, passando-se pela inseminação artificial, chegando até a fertilização *in vitro*.

Outrossim, ainda há que se observar que tanto a inseminação artificial, quanto a fertilização *in vitro* possuem uma classificação bipartida, ou seja, podem ser classificadas em homóloga, ou heteróloga.

É nesta segunda que pairam os polêmicos questionamentos acerca dos direitos dos indivíduos envolvidos nos procedimentos de reprodução assistida.

2.1.1 Inseminação artificial

Cumpram aqui destacar que há várias formas de inseminação artificial, dentre elas a de forma intracervical, onde o espermatozoide é inserido no cérvix, por meio de uma seringa, simulando-se assim a forma com a qual o esperma é depositado no cérvix, no momento da ejaculação; e ainda de forma intrauterina, onde os espermatozoides passam por um tipo de seleção, sendo que somente aqueles aptos a fertilizarem

permanecem, sendo, posteriormente depositados no útero da fêmea, após um tratamento que induz a ovulação.

De qualquer sorte, não se trata do procedimento em que é realizada a inseminação artificial que pairam as maiores polêmicas sobre o tema. Verifica-se ainda que há uma dicotomização importante a ser explanada: ser a reprodução assistida homóloga ou heteróloga.

2.1.2 Fertilização *in vitro*

Outro comum método para a reprodução artificial assistida é a fertilização *in vitro*. Conforme Lisboa (2012, p. 240), “dá-se a fertilização artificial *in vitro* mediante a aspiração dos óvulos, procedendo-se a uma seleção na qualidade e quantidade daqueles que estiverem maduros para os fins de fecundação”.

Ainda segundo o autor, esta técnica é utilizada no tratamento de infertilidade masculina, onde une-se tanto os óvulos aspirados, quanto os espermatozoides em um único disco de material plástico ou metálico, semelhantes, sendo então o material mantido em uma estufa, de três a cinco dias, para então ocorrer a seleção dos embriões que melhor possam se adaptar ao organismo da propensa genitora (2012, p. 240).

Posteriormente, após a seleção dos embriões, os mesmos são postados no útero da genitora, em quantidade suficientemente hábil para o desenvolvimento regular daquela vida que começa a gestar.

2.2 Dos embriões excedentários

Os demais embriões, aqueles restantes do processo acima descrito são novamente congelados, para que se possa realizar posteriormente nova fecundação. É neste ponto que surgem grandes discussões acerca do que realmente deve ser feito com o material excedentário.

Num primeiro momento, tem-se que a Resolução n. 1.358/92 do CFM – Conselho Federal de Medicina⁶ – determina que deve ser informado aos pacientes o número total de pré-embriões produzidos, e que seja decidido por ele – paciente – quantos serão transferidos. A intervenção somente é autorizada pela Resolução supra

⁶ http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm

em casos de possível detecção de doenças hereditárias e para verificação de viabilidade. De qualquer forma, deve haver autorização do casal.

Segundo Lisboa (2012, p. 241), “o número de pré-embriões excedentes deverá ser criopreservado, constituindo ilícito a sua destruição, descarte ou inutilização (...). O tempo máximo de pré-embriões *in vitro* não pode ultrapassar quatorze dias”.

Verifica-se, portanto, que há determinação, inclusive, quanto ao tempo que deverá ser preservado o embrião excedentário ao procedimento de fertilização *in vitro*. Contudo, há grande lacuna na legislação Civil Pátria, quanto aos embriões congelados, sendo certo que, o Código Civil de 2002⁷ “não estabelece um regime jurídico para tão delicada questão, apesar de haver inserido o dispositivo de presunção de paternidade que opera contra aquele que cedeu o material genético, no caso de embriões excedentários.” (LISBOA, 2012, p. 241-242)

De qualquer sorte, ainda há outras questões polêmicas acerca de embriões e reprodução assistida, bem como sobre a ótica e enfoque de análise, que devem ser expostas e debatidas, as quais, a seu turno, as serão, conforme se verificará no decorrer deste trabalho.

2.3 Reprodução assistida homóloga e heteróloga

Em se tratando de reprodução assistida homóloga, tal nomenclatura se dá quando utiliza-se material genético do casal que pretende a reprodução. Neste diapasão, segundo Venosa (2006, p. 240), “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho”.

Em congruência, Lopes (2000, p. 585) denomina a inseminação artificial homóloga como sendo aquela que

[...] consiste na introdução de espermatozoides do esposo de qualquer segmento do aparelho genital feminino. Tal procedimento é feito após preparo laboratorial do sêmen. Pode ter lugar em um ciclo espontâneo ou após estimulação da função ovatoriana com indutores da ovulação.

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Lado outro, verifica-se que a quando se diz que a reprodução assistida é heteróloga, tem-se que houve utilização de material genético de indivíduo estranho à relação dos que pretendem a reprodução.

Neste tipo, é realizada primeiramente uma triagem do doador, onde é verificada uma série de fatores, que, segundo Cecília Cardoso Silva Magalhães Resende *apud* MARQUES (2003)⁸, é importante a avaliação de três características fundamentais, “sendo elas a gratuidade, não podendo ter fins lucrativos, a licitude, que advém da gratuidade e a mais importante delas que é o anonimato dos doadores e receptores”.

2.4 Anonimato dos doadores do material genético

Importante destacar que acerca do anonimato que envolve os receptores e doadores, gera uma série de questionamentos, principalmente no que tange ao direito de descoberta de origem genética, por parte do filho oriundo da reprodução medicamente assistida.

Sobre o sigilo, enfatiza Diniz (2002, p. 169):

O DNA é a imagem da sua pessoa e representa um tipo especial de propriedade por conter informações diferentes de todos os outros tipos de informação pessoal. Sua imagem científica não deve ser invadida, por mera curiosidade, pois exame e rastreamento genéticos apenas podem ser realizados por razões terapêuticas e com o consenso da pessoa ou de seus familiares.

Ainda, segundo Aguiar (2005, p. 161):

Asseverar o anonimato dos doadores de gametas é uma tarefa imprescindível ao reconhecimento de que o vínculo de parentesco deve ser fixado com fundamento no consenso emitido por ocasião do emprego da técnica médica. Dos doadores de material genético não se espera o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar, senão que, ao legarem seus gametas, despem-se eles do pressuposto da vontade de gerar, assim, é primordial garantir o anonimato daqueles que concederam seus espermatozóides ou óvulos para assegurar o nascimento de outrem.

⁸ <http://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa>

Para Fernandes (2005, p. 43) a “paternidade afetiva vem se impondo cada vez mais; dessa forma, o anonimato dos doadores se torna imprescindível, a fim de que se garanta a autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada, bem como a liberdade dos doadores que contribuíram para a sua formação”.

Ainda, a fim de que seja assumido o compromisso de regulamentação dos direitos oriundos destes procedimentos, foi formulada a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, pela UNESCO⁹, da qual mais de 80 países são signatários. Vários são os dispositivos constantes na Declaração acerca do sigilo entre os envolvidos.

Vale ressaltar o contido no artigo 7º da referida declaração¹⁰, diz respeito ao fato de que quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.

Dispõe o artigo 9º, *in verbis*:

Com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos.

Ainda, dispõe o artigo 8º, *in verbis*: “Todo indivíduo terá o direito, segundo a lei internacional e nacional, à justa reparação por danos sofridos em consequência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado seu genoma”.

Verifica-se que tal anonimato tem por finalidade proteger os envolvidos no procedimento de reprodução assistida, de forma, inclusive, a gerar indenização pelos danos ocasionados por aquele que revelou as informações sigilosas.

2.5 Descoberta da origem genética

Em sentido contrário ao que tange o sigilo que há na reprodução assistida, encontra-se o direito do filho havido por tal procedimento em ter sua origem genética revelada.

⁹ <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>

¹⁰ *Ibidem*.

No Brasil, tal direito não encontra regulamentação própria, sendo certo que o Código Civil¹¹ trata da reprodução assistida somente no artigo 1597, incisos III a V, quando diz da inseminação artificial homóloga, heteróloga e dos embriões, não fazendo qualquer referência à fertilização *in vitro*, ou a quaisquer outros meio de utilização de material genético.

O direito à descoberta da origem genética está atrelado aos direitos da personalidade, que são direitos fundamentais do indivíduo. Possui basilar relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme esculpido no artigo 1º, inciso III da Carta Magna.

Num primeiro momento, para se estabelecer o direito à origem genética como extensão do direito de personalidade, deve-se entendê-lo como direito à identidade pessoal, que, a seu turno, possui íntima ligação com a história pessoal do indivíduo, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe originou. O direito à historicidade pessoal alcança o direito de cada indivíduo em conhecer a identidade daqueles ditos como seus progenitores, porquanto, expressão do próprio direito à identidade pessoal, senão mesmo, por exigência que decorre do respeito pela personalidade, todo indivíduo tem o direito de saber sua origem biológica, ou seja, quem são seus pais biológicos.

Com relação à análise dos direitos fundamentais, no que tange à eficácia e aplicação, ainda será discorrido durante este trabalho. O importante, por hora, é demonstrar que o direito do filho havido por intermédio da assistência médica, vai totalmente de encontro com o direito ao sigilo do doador do material genético.

A doutrina não encontra consenso acerca desse tema. Conforme anteriormente mencionado, a regra é o sigilo, contudo, há quem defenda a quebra de tal sigilo, em favor daquele filho gerado.

Como exemplo desta corrente, podemos citar Welter (2003, p. 229), que diz que não importa a forma de reprodução humana, seja ela natural, ou artificial, pois, em quaisquer dos casos, tanto o filho, quanto o pai ou a mãe, teria o direito de investigar ou negar a maternidade ou paternidade biológica, por ser este direito inerente dos direitos fundamentais individuais.

Ainda segundo Welter (2003, p. 230/231):

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Que não participou do processo de sua concepção, e não pode viver sem o direito de ter seu estado de filho reconhecido, porquanto, de todos os princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana é dotado de um valor supremo, porque se encontra na base da vida nacional, sendo um princípio constitucional fundamental e geral, não apenas da ordem jurídica, mas também da ordem política, social, econômica e cultural.

Investigar a paternidade biológica é conhecer, ou melhor, é ser a ancestralidade, a origem, a identidade pessoal, que não são apenas genéticas, culturais, sociais, para impedir o incesto, preservar os impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias, como também para enlaçar o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias.

No mesmo sentido, Fernandes (2000, p. 84), sustenta que a pessoa da criança poderá, caso não tenha sido estabelecida a paternidade, seja porque a genitora não é vinculada a um homem, seja porque o homem que viva com ela obtenha a declaração da inexistência de paternidade juridicamente, ao negá-la, demandar declaração judicial de paternidade na pessoa do doador.

Não é possível compartilhar do mesmo entendimento destes doutrinadores, tendo em vista que não poderá o sigilo ser quebrado meramente por vontade dos indivíduos envolvidos na relação. Não pode haver uma “banalização” dos dados dos envolvidos no método reprodutório medicamente assistido, justamente pelo fato de o sigilo guardar segurança àqueles que doaram o material.

Lado outro, não deve haver um absolutismo exacerbado quando se tratar de tal sigilo, tendo em vista que poderá ocorrer situações em que a vida que outrora foi gerada através da reprodução assistida, estará em risco, e, para que seja salva, é necessário que o sigilo seja quebrado. Ora, ainda que esteja frente a frente dois direitos fundamentais, verifica-se que a vida é o maior de todos, e pré-requisito para todos os demais.

Assim, por todo o acima exposto, verifica-se que encontra-se configurado o conflito de direitos, então fundamentais, por ambos serem oriundos da personalidade, sendo certo que, para que seja solucionado tal embate, deverá ser analisada a teoria da repersonalização, a fim de aferir, dentro da horizontalização dos direitos ora expostos.

3 Relações de Parentesco

Com todo o desdobramento que a reprodução assistida pode tomar, conforme acima exposto, e, ainda, considerando todos os demais campos de incidência que as consequências que tal método pode gerar, um capítulo à parte se mostra a análise das relações de parentesco, que, devem ser primeiramente entendidas, a fim de que, *a posteriori*, possamos traçar uma linha evolutiva, até que seja demonstrada a atual situação da relação entre os envolvidos na reprodução medicamente assistida.

3.1 Filiação e paternidade

Com o nascimento com vida de uma criança, verifica-se a geração, por conseguinte, de uma série de direitos inerentes a tal fato. Em especial, nota-se a criação de relação de parentesco de ascendência e descendência entre as pessoas. Neste sentido, destaca-se o disposto no artigo 1.591, do Código Civil Brasileiro¹², regulamentando que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.”

Aprofundando-se o entendimento acerca do parentesco, conceitua Diniz (2009, p. 1121):

Parentesco. Parentesco é o vínculo existente não só entre pessoas que descendam umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro e entre adotante e adotado.

Parentesco consanguíneo em linha reta. O parentesco natural ou consanguíneo em linha reta é o existente entre pessoas que estão ligadas umas às outras por um vínculo de ascendência e descendência.

Linhas reta. A linha reta, ou ordem de parentesco, consiste na série de pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, podendo ser reta ou transversal. A linha reta é ascendente ou descendente conforme se encare o parentesco, subindo-se da pessoa a seu antepassado ou descendo-se, sem qualquer limitação; por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si pessoas que descendem umas das outras.

¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Dessa forma, verifica-se que a filiação, bem como os direitos inerentes de tal, encontram-se perfeitamente alinhavados com a paternidade de determinado indivíduo, sendo certo que, um acaba por ser consequência do outro.

Lado outro, é importante salientar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597¹³, estabelece formas de presunção de paternidade, em se tratando de hipótese de casamento.

Nota-se a flagrante ideia do legislador em proteger de todas as formas possíveis a pessoa dos filhos, a fim de ter resguardada a questão da paternidade.

Por conseguinte, é importante salientar ainda que a evolução do presente instituto, na concepção e entendimento do tema, se mostram acentuados os ensinamentos doutrinários, acerca da transformação da nomenclatura utilizada, conforme SOUZA (2008):

A terminologia “genitor”, anteriormente tratada como sinônimo de “pai”, não mais integra na melhor doutrina familista, haja vista a larga diferença imposta pelos avanços sociais, técnicos e genéticos. Portanto, o genitor é o que gera, concebe geneticamente o início de uma vida humana, seja pelos métodos naturais ou pela fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*. Ser genitor não quer dizer necessariamente, que é (ou será) um pai.

Ainda, conforme Freitas e Rosenvald (2010, P. 542),

filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.

Assim, não restam dúvidas quanto à evolução da questão da filiação e da paternidade no ordenamento jurídico Pátrio, sendo certo que, a constante evolução da sociedade exerceu de forma intensa modificações na ideia inicial do tema, conforme entendimentos atualizados.

3.2 Filiação e Reprodução Assistida

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Contudo, não resta completamente exaurida a análise da filiação. Oportuno se mostra a seguinte indagação: o doador de material genético, pode ser considerado pai do ser gerado? Terá o filho gerado a partir de um método de reprodução assistida, algum direito sucessório em relação ao doador de material genético? Com efeito, tais indagações realmente põem a prova o estudo da filiação segundo a dinâmica direito.

Num primeiro momento, deve-se ter em mente que uma vez consentida pelo marido, a presunção de paternidade por inseminação artificial heteróloga gerará, “a bem da verdade, a filiação socioafetiva, porque, geneticamente não conterà o produto da concepção qualquer traço da pessoa que o registrará como filho”. (LISBOA, 2012, p. 239)

Completa ainda Lisboa (2012, p. 239-240) que,

desconstrói-se, uma vez mais, a concepção segundo a qual a filiação natural e legítima, isto é, decorrente de justas núpcias, deveria ser aquela com maior aprovação social. Fortalece-se, por outro lado, a ideia de filiação socioafetiva decorrente do princípio da solidariedade, e não exclusivamente a filiação biológica.

De forma mais direta, Aguiar (2005, p. 162) explana que, “entre concebido e doadores não surge qualquer vínculo jurídico, é irrelevante o sistema positivo autorizar a identificação civil desses”.

Destaca-se posicionamento de Gama (2008, p. 343), que diz que não se deve considerar o fator biológico na reprodução heteróloga, ao menos na linha materna ou na linha paterna, devendo-se assim buscar outro recurso para a conceituação de filiação, sob pena de o recurso da reprodução medicamente assistida se tornar inócuo, tendo em vista que ninguém mais, por altruísmo e solidariedade, forneceria material para a procriação de outras pessoas.

Completa ainda que “o fator biológico é totalmente irrelevante e, nem por isso, a parentalidade-filiação deixa de ser estabelecida de maneira irrevogável na estrutura do direito brasileiro”. (GAMA, 2008, p. 343)

Por fim, o mesmo doutrinador expõe (GAMA, 2008, p. 343) que:

nesse sentido, é válido o recurso de integração analógica da norma contida no § 1º do art. 41 do ECA (reiterada no parágrafo único do art. 1.626, CC), em relação à reprodução heteróloga unilateral, porquanto, em se recorrendo à técnica reprodutiva consistente na inseminação artificial com utilização de

sêmen de doador, o que juridicamente ocorrerá será a vontade do marido – ou do companheiro – de se tornar pai do filho de sua esposa, não lhe retirando o vínculo de maternidade-filiação que fica, portanto, preservado, bem como o parentesco existente com todos os parentes de sua mãe. O mesmo raciocínio é válido para o recurso à técnica de fertilização *in vitro* com emprego de óvulo de doadora – inseminado pelo espermatozoide do marido ou do companheiro integrante da família que deseja procriar: o vínculo de parentalidade do pai decorre do fator biológico aliado à vontade consciente e responsável de procriar, sendo que, em relação à sua esposa – desconsiderando a própria circunstância do parto –, o vínculo será assimilado ao vínculo fictício da adoção unilateral, já que o material genético utilizado para a formação do embrião e, conseqüentemente, da criança que veio a nascer, não era dela.

Respondendo-se às questões propostas inicialmente, verifica-se que não há outro posicionamento a se tomar, que não seja o compartilhado pelos ilustres doutrinadores acima. Não há que se falar em relação de filiação entre o doador do material genético, ou ainda, completamente descompassada a ideia da geração de direito sucessório entre o doador e o ser gerado a partir de qualquer dos métodos de reprodução assistida, em especial, seja da inseminação artificial, seja da fertilização *in vitro*.

A uma, considerando o *animus* na paternidade ou maternidade que será consequência do método reprodutor utilizado, que, não se encontra presente no doador do material genético, não havendo razão para lhe atribuir tamanho encargo, considerando seu total descomprometimento com o filho gerado daquela relação.

A duas, nota-se que a existência de tal possibilidade poderia acabar por completo com qualquer possibilidade de reprodução assistida, tendo em vista que não haveria mais o porquê da doação de material genético, por não haver nenhuma segurança jurídica nesta doação, que além de ser gratuita, poderia gerar, com o passar dos anos, inúmeros problemas de grandezas incalculáveis.

3.3 Filiação Socioafetiva

Com a evolução constante do direito, e, em especial, do Direito de Família, começou a se constatar uma modalidade diferente de filiação, divergente daquela filiação natural e daquela filiação civil, esta última, decorrente de determinação legal.

Verifica-se ainda que a filiação socioafetiva tem como ponto forte o *animus*, ou seja, a vontade daquele que se encontra investido na qualidade de genitor (seja como pai, ou até mesmo, seja como mãe), sem que, contudo, haja real vínculo biológico com o filho.

Na verdade, tal filiação tem por escopo proteger a criança, ou adolescente, de ter extirpada a paternidade, ou maternidade, que tinha como certa, a fim de que não lhe seja atribuído prejuízo por erro ou inadimplência dos adultos que a cercam, tendo como principal fundamento o princípio do melhor interesse do menor.

Neste sentido, Gama (2008, p. 347) expõe que “trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filho e pais – ou entre o filho e apenas um deles -, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles”.

No mesmo sentido, Barboza (1999, p. 140) destaca que “melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”.

Dessa forma, não há como concluir de forma diversa que não seja pela clara existência da filiação socioafetiva frente à biológica, naqueles casos onde flagrantemente se vê a existência de vínculo afetivo entre as partes envolvidas em qualquer procedimento onde haja discussão, seja sobre a paternidade, seja sobre a maternidade.

Outrossim, mostra-se bem assentada a jurisprudência e a doutrina, esta última, por todo o acima exposto, acerca da incidência da filiação socioafetiva, sendo de suma importância destacar ainda o finalmente exposto por Gama (2008, p. 348):

No direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar.

4 Teoria da Repersonalização e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A então nominada Teoria da Repersonalização é um fenômeno que teve origem na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, posteriormente, sua afirmação se deu com a aprovação da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro¹⁴, sendo, tal teoria, também chamada pela doutrina como a Constitucionalização do Direito Privado.

Mesmo com a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, o antigo Código Civil, vigente desde o ano de 1916, era até então extremamente patrimonialista, com enfoque principalmente voltado para as relações negociais, de forma a não tratar perfunctoriamente os direitos oriundos da personalidade humana.

Nesse sentido, vale destacar o enlace temático lançado por Farias e Rosenvald (2011, p.02), ao demonstrar a evolução intertemporal do direito:

O direito romano pereceu. Da mesma forma, ruiu a clássica dicotomia liberal entre o direito público e o privado, eis que o Estado é edificado pela sociedade e deve mirar os valores que ela aponta. A hermenêutica constitucional exige uma aproximação entre a ética e o direito, bem como o sepultamento de qualquer concepção hermética e segregacionista do direito privado.

[...]

A autonomia privada – o dogma da autonomia da vontade segundo os clássicos – era um espaço isolado no qual o burguês poderia exercer a tão desejada liberdade contratual e amearhar patrimônio através da ampla faculdade de estipular contratos e adquirir propriedade, sem que o ordenamento jurídico (leia-se: sociedade) pudesse interferir no exercício da atividade econômica do cidadão.

Assim, já no novo Código Civil de 2002¹⁵, em consonância com a Carta Magna de 1988, dedica um capítulo inteiro, em sua parte geral, à tutela dos direitos da personalidade, seguindo-se assim, uma forte tendência de repersonalização, ou seja, dando maior enfoque aos direitos diretamente ligados à dita personalidade humana.

Neste diapasão, é importante destacar nas palavras pronunciadas por Pereira (2004, p. 240) que “a Constituição Brasileira enuncia direitos e garantias individuais e coletivos, que o legislador tem de proteger e assegurar, além de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como uma cláusula geral de tutela da personalidade”.

Assim, expõe FARIAS e ROSENVALD (2008, p. 19) que:

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

¹⁵ *Ibidem*.

ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* (art. 1, III), a *solidariedade social* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º.), além da *erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos* (art. 3º, III e IV), a *Lex Fundamentallis* de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem estar da pessoa humana.

Desta forma, com o entrelaçamento do direito privado ao direito público, não resta outra alternativa senão a análise de todo o ordenamento jurídico privado à luz das normas constitucionais.

Outrossim, mostra-se flagrante que o jurista deve sempre procurar interpretar o Código Civil¹⁶ segundo a Constituição, e não o contrário, qual seja, a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência - e ainda há de ocorrer nos dias atuais – considerando-se a existência de grandes posicionamentos por demais conservadores.

Nesta toada, vale destacar ainda o brilhantemente exposto por Farias e Rosenvald (2011, p. 03):

Neste instante o princípio da autonomia privada perde o seu absolutismo. O civilista humildemente aceita a força normativa da Constituição. O Estado Democrático de Direito, centrado na especial dignidade da pessoa humana, proclama a despatrimonialização e a personalização do direito privado.

E ainda prossegue em ilustre conclusão (FARIAS; ROSENVALD 2011, p. 03):

A autonomia privada consiste no direito à felicidade individual, na liberdade de cada ser humano exercitar os seus projetos de vida e perseguir o seu sonho pessoal. O ordenamento jurídico concede a cada um de nós um espaço para a autodeterminação. Dentro destes limites regulamos nossas decisões patrimoniais e existenciais. Pela via da autonomia privada podemos dispor de órgãos para transplante, instituir uma entidade familiar, adquirir propriedade, construir uma empresa, testar e até mesmo ceder o exercício temporário de nossa imagem e realizações intelectuais.

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Assim, não deve ser diferente a análise dos ditos direitos da personalidade, sendo certo que estes decorrem do simples nascimento com vida, sendo corolário para todos os demais direitos que o indivíduo possua.

Nesta seara, conforme Pereira (2004, p. 241), “ao tratar dos direitos da personalidade, cabe ressaltar que não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade”.

E ainda prossegue o renomado doutrinador: “Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações” (PEREIRA, 2004, p. 241).

Lado outro, tem-se que a questão da dignidade está inteiramente ligada à construção da identidade pessoal, pois esta se encontra contida naquela. A dignidade da pessoa humana, ao ser analisada como princípio constitucional basilar, abarca o princípio da identidade pessoal, que é o reconhecimento da sua ascendência biologicamente, enquanto ser humano, oriundo de outros seres humanos, com os quais são construídos uma relação de filiação, que é divergente da construção e reconhecimento da identidade pessoal.

Para corroborar com todo o acima exposto, vale transcrever trecho do brilhante voto emitido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, no RE 363.889/DF¹⁷, ao expor acerca da análise do princípio da dignidade da pessoa humana frente aos demais princípios e preceitos constitucionais, *in verbis*:

Com efeito, a Carta Constitucional de 1988 fixou o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República (CF, art. 1º, III). Disso decorre uma prevalência axiológica inquestionável sobre todas as demais normas da Constituição, que devem ser interpretadas invariavelmente sob a lente da dignidade da pessoa humana. Assim, é a própria dignidade da pessoa humana que deve servir de norte para a definição das diversas regras e dos diversos subprincípios estabelecidos no texto Constitucional, funcionando como verdadeiro vetor interpretativo para a definição do âmbito de proteção de cada garantia fundamental. Mais do que isso: é também a dignidade da pessoa humana que deve servir como fiel da balança para a definição de peso abstrato de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Sobre este prisma, no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, há de ser tido como presente o direito fundamental à identidade pessoal do indivíduo, que se desdobra, dentre outros aspectos, na identidade genética.

Assim, verifica-se que com a evolução de todos os institutos anteriormente elencados, necessário se mostra que seja realizada uma análise de toda a relação frente à

¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>

iminente colisão de direitos fundamentais, que surgem desta complicada relação que envolve a reprodução artificial, pais, filhos, e a dinamização intertemporal (constitucionalização) do direito privado, à luz das normas constitucionais.

4.1 Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

É necessário ainda que seja realizada uma análise da eficácia dos direitos fundamentais, a fim de se estabelecer as conseqüências e relações oriundas desses citados direitos, pelos envolvidos neste tema.

Em se tratando de eficácia vertical, analisa-se a hierarquia existente entre os envolvidos na relação. Tem-se que sempre neste tipo de análise há a hierarquia entre o Estado, e o particular, que se encontra inferiormente aposto – numa verificação em termos de “poderio” – àquele.

Destaca-se o citado por Lenza (2011, p. 868), que “a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o particular e o poder público não se discute”. Tal doutrinador conclui ainda que “por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia”.

Contudo, onde não há hierarquia entre os indivíduos envolvidos, o caso torna-se outro. Ao analisar a relação entre dois indivíduos horizontalmente equiparados – onde não há hierarquia predisposta entre os envolvidos –, verifica-se a incidência da eficácia horizontal, ou ainda privada ou externa, assim também denominada por parte da doutrina, que surge como possível solução para casos que demandem tamanha complexidade.

Ainda segundo Lenza (2011, p. 868),

algumas situações são fáceis de ser resolvidas. Sem dúvida, por exemplo, se um empresário demitir um funcionário em razão de sua “cor”, o Judiciário poderá (ou até “deverá”) reintegrar o funcionário, já que o ato motivador da demissão, além do triste e inaceitável crime praticado, fere, frontalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/88).

Da forma acima exposta pelo ilustre doutrinador, não há outra conclusão que não seja pela aplicação da análise principiológica da eficácia vertical dos direitos fundamentais, devendo o caso ser levado à apreciação do Poder Judiciário, a fim de aferir a real complexidade temática, restabelecendo-se a paz social e impedindo que seja

ferido o chamado “princípio-matriz” dos direitos fundamentais brasileiros, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, presente de forma expressa no ordenamento jurídico Pátrio.

4.2 Eficácia indireta (mediata) ou indireta (imediata)

Assim, é importante que seja feita a análise da incidência dos direitos fundamentais sob dois prismas de eficácia: num primeiro momento, verifica-se sobre os efeitos de incidência indireta ou mediata, e, num segundo momento, passa-se a verificar sobre a incidência direta dos mesmos, aplicáveis, até então, diretamente às relações privadas.

Segundo esquema dinamizado por Lenza (2011, p. 868), deve-se primeiro dicotomizar a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais em duas dimensões: dimensão proibitiva e dimensão positiva.

No que tange à dimensão proibitiva, tem-se que os direitos são aplicados de maneira voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais; no que tange à dimensão positiva, verifica-se que esta também está voltada para o legislador, de forma que este implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas, sendo certo que, ambas as dimensões devem ser aplicadas de maneira reflexa (LENZA, 2011, p. 869).

Por fim, de forma mais simplificada, temos a eficácia direta ou imediata, que é o fato de alguns direitos fundamentais poderem ser aplicados às relações privadas, sem haver a necessidade de intermediação legislativa para a sua concretização, fato este que a diverge da teoria da eficácia indireta ou mediata.

Para “amarrar” todo o exposto, é importante destacar que na presente discussão acerca da interpretação do direito à investigação da origem biológica de um lado, e doutro, o direito ao sigilo quando da coação do material genético, bem como da não incidência dos direitos referentes à filiação, deve-se elevar o patamar de análise dos citados direitos ao nível de direitos fundamentais, tendo em vista o caráter público que permeia, não só o conflito dos direitos ora expostos, como todo o direito de família, que pertence ao ramo do direito privado.

Nesse diapasão, vale salientar, conforme Lenza (2011, p. 870), que “sem dúvida, cresce a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações

privadas (‘eficácia horizontal’), especialmente diante das atividades privadas que tenham certo ‘caráter público’.

Ainda prossegue o citado doutrinador que

nesta linha, poderá o magistrado deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam o princípio da autonomia da vontade privada e da livre-iniciativa de um lado (arts. 1º, IV, e 170 *caput*) e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III) de outro. (LENZA, 2011, p. 870)

Outrossim, em brilhante exposição acerca da ponderação de interesses, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, no RE 363.889/DF¹⁸ destaca que:

[...] cabe ao intérprete conciliar as normas constitucionais cujas fronteiras não se mostram nítidas à primeira vista, assegurando a mais ampla efetividade à totalidade normativa da Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa.

Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e de regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência. E é somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, que cabe ao intérprete fazer o uso da técnica da ponderação de valores, instrumentalizada a partir do manuseio do postulado da proporcionalidade, a fim de operar concessões recíprocas, tanto quanto se faça necessário, entre os enunciados normativos em jogo, resguardado, sempre o núcleo essencial de cada direito fundamental. E, por não ser lícito, mesmo nessas hipóteses, a ablação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado do método ponderativo há de ser o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios em jogo, identificando-se o peso prevalecente de uma das normas com o devido balizamento por parâmetros (*Standards*) interpretativos que reduzam a arbitrariedade e estimulem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.

Assim, quando se restar demonstrada tal colisão de direitos, será indispensável a ponderação de interesses, que deverá possuir como norte a razoabilidade e a concordância prática ou harmonização, sendo certo que, uma vez impossível tal harmonização, o Poder Judiciário terá a difícil missão de avaliar, mediante os critérios anteriormente expostos, qual dos interesses prevalecerá. (LENZA, 2011, p. 870)

¹⁸ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>

5 Algumas Questões Polêmicas e a ausência legislativa

Diante da análise de todo o exposto, e ainda, levando-se em consideração a crescente evolução da sociedade que nos rodeia, é certo que vários são os casos concretos em que ocorrem o choque dos direitos em destaque supra.

Vale, mais uma vez, salientar que a ausência de atividade legiferante até o presente momento acerca do tema ora proposto, é grande empecilho para o intérprete e aplicador do direito, seja ao propor, seja ao julgar, as matérias pertinentes à questão da reprodução artificial.

O nosso atual Código Civil, que teve sua tramitação iniciada no Congresso Nacional na década de 1970, com aprovação no ano de 2002, é completamente omissa em relação à reprodução artificial, sendo que, reconhece, mas não regulamenta tal direito, conforme se observa da norma contida no artigo 1.597, incisos III, IV e V¹⁹, do referido *códex*, conforme anteriormente já mencionado.

Assim, vários são os casos em que o aplicador do direito se vê na encruzilhada de ter de decidir perante os preceitos e princípios constitucionais, como a exemplo, em se tratando da reprodução medicamente assistida no âmbito das famílias monoparentais.

Diz-se monoparentais, sincreticamente, quando se tratar de famílias compostas por tão somente um dos genitores, mais a sua prole. Ora, com a inseminação artificial, é perfeitamente concebível que determinado indivíduo tenha, por si só, a formação de uma família, através da doação do material genético por terceiro. São incontáveis as conseqüências advindas de tal ato, que gera direitos à criança gerada, e obrigações do indivíduo que a desejou.

Nessa esteira, verifica-se que a monoparentalidade também é um direito fundamental, logo, fazendo parte da dignidade da pessoa humana, e, sem que se reconheçam ao indivíduo os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estará lhe negando a própria dignidade. Assim, enquanto houver uma pessoa em que não esteja devidamente reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade que já tenha adquirido, isso porque nenhum princípio é mais valioso para disputar a unidade material da Constituição que o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. (WELTER 2003, p.213)

¹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

Dessa forma, caso futuramente seja verificada a necessidade de se acionar o doador do material, seja em decorrência de caso fortuito (a exemplo, se a vida do ser gerado depender da descoberta do doador do material), seja por peticionamento acerca da descoberta da origem biológica, conforme já anteriormente exposto, caberá ao julgador a ponderação dos direitos em voga, sempre norteando-se segundo enunciado pela Carta Magna de 1988, para a pacificação social.

Cabe ainda destacar outro caso recorrente na atualidade, qual seja a discussão acerca da utilização da inseminação artificial por casais homoafetivos.

Muito se tem discutido nos Tribunais Pátrios acerca da admissibilidade pelo ordenamento jurídico das uniões homoafetivas. Não cabe aqui discorrer acerca da aceitação jurídica ou não de tal questão, mas sim, analisar acerca da possibilidade de realização do procedimento por casais faticamente já existentes.

Além da adoção, verifica-se que o uso da reprodução assistida, também gera direitos que, a princípio, não estão regulamentados no ordenamento jurídico, capazes de abarcar as conseqüências oriundas do procedimento.

A exemplo, cite-se a situação do menor gerado a partir desse método, que passaria a ter genitores de um mesmo gênero em seu registro, ou tão somente teria um dos genitores, formando-se assim, juridicamente, uma família monoparental? Uma vez que se encontra em plena discussão acerca da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, poderia ser conhecida a inseminação artificial realizada por essa mesma categoria de casais?

Os questionamentos neste caso também se mostram infundáveis.

Cabe aqui também destacar que a atividade legislativa nestes casos não é de fácil tarefa. O legislador, que deverá ter como norte a Constituição Federal de 1988, também deverá estar pautado nos princípios que permeiam a ordem jurídica, bem como aqueles que orientam a atual ordem social Pátria.

Por conseguinte, não cabe aqui também responder às objeções acima propostas, contudo, deve-se destacar que o Poder Judiciário não pode se abster de decisão, conforme disposto no artigo 4º do Decreto-Lei n. 4.657/42, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB²⁰, quando provocado sobre os questionamentos acerca do acima enunciado.

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm

Mais uma vez, valhamo-nos da ponderação dos interesses, e da visibilidade do direito questionado sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que, mais que um princípio constitucional, encontra-se disposto como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), para a solução adequada do caso, em sua concretude.

6 Considerações finais

Por todo o exposto, verifica-se que a atual análise dos institutos propostos, quais sejam, a reprodução medicamente assistida e a repersonalização ou constitucionalização do direito privado, não devem ser encarados de forma isolada, ante sua completa ligação.

Apesar de o legislador se mostrar omissos em relação à reprodução assistida, poderá o aplicador e intérprete do direito se valer da repersonalização como possível “solução” para a entrega da atividade jurisdicional, quando houver provocação ao Judiciário sobre tal questão, tendo em vista ainda que, as técnicas para a feitura do procedimento em muito evoluíram e se aperfeiçoaram, o que não se pode afirmar em relação ao direito posto ou positivado.

A crescente evolução social faz com que, a cada dia, tenham-se mais e mais casos onde os interesses constitucionalmente tutelados sob a forma de direitos e garantias fundamentais se colidem, sendo certo que, em uma análise sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana pode se mostrar um hábil instrumento para a pacificação de conflitos sociais.

Lado outro, não pode o Poder Judiciário bem como o legislador, se manterem omissos, quando questionados, sendo certo que, a visão da matéria sob a perspectiva da repersonalização deverá sim ser utilizada na solução de conflitos.

Claro, deverá ser feita uma análise, quando do aparecimento de casos concretos, a fim de que, por conseguinte, não seja prostituído o princípio da dignidade da pessoa humana, a ponto de se desvalorar este importante fundamento que se encontra apostado na Magna Carta.

Assim, o certo é que seja sempre utilizado o bom senso e ainda, a equidade do magistrado no julgamento, para que possa utilizar desse método corretamente, e assim, oferecer a prestação jurisdicional em sentido maior que a letra fria da lei positivou como norma para a sociedade, buscando sempre, o espírito que envolve o diploma constitucional acima descrito, bem como a vontade expressa pela sociedade.

Referências

AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOZA, **Novas relações de filiação e paternidade**. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). Repensando o direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL. **Constituição, 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 432 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

_____. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2013.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 jun. 2013.

_____. **Lei n. 11.105/05, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 27 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 363.889 / DF, Plenário, Relator: Ministro Dias Tóffoli. Diário do Judiciário Eletrônico – **DJE**, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>> Acesso em: 07 out. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº. 1.358/92, de 19 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 27 jun. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

_____. **Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 542.

_____. **Direito das Obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 626 p.

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

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 225-238

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008. 638 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. 849 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 870 p.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 414 p. v.5

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. **Tratado de Ginecologia: 63**. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial. Rio de Janeiro: Revinter, 2000. p.585-587

MARTINELLI, Lorchainy Ariane Lagassi. Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916>. Acesso em: 15 ago 2013.

MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4267>>. Acesso em: 02 out. 2008.

NOGUEIRA, Grasiéla. Da filiação. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7849>. Acesso em: 10 jun 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos: Da teoria à prática**. UNESCO, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em: 17 ago. 2013.

PEGADO, Isilda. **Reprodução Artificial: Uma Lei Contra o Tempo**. Alameda Digital, atualidades, ideias e cultura. Ano 1, n. 04, dez. 2006. Disponível em:

<http://www.alamedadigital.com.pt/n4/pdf/reproducao_artificial.pdf> Acesso em: 01 ago. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. V. 1. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3234, 9 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21725>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

SARTI, Amir José Finocchiaro. A Constitucionalização do Direito Civil. **Revista Jurídica**, São Paulo: Notadez, v.51, n.312, p. 32-38, out. 2003.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade socioafetiva. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 90-97, fev./mar. 2008. p. 90

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

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.