



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

MARIANNI TONHOLO DE ARAÚJO PINTO

**REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E O DIREITO DA CRIANÇA A
ALIMENTOS**

**BARBACENA
2012**

MARIANNI TONHOLO DE ARAÚJO PINTO

**REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E O DIREITO DA CRIANÇA A
ALIMENTOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª Me. Maria José Gorini da Fonseca

**BARBACENA
2012**

Marianni Tonholo de Araújo Pinto

**REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E O DIREITO DA CRIANÇA A
ALIMENTOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profª Me. Maria José Gorini da Fonseca
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof Esp. Alanir José Hauck Rabeca
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Anderson Luis Sena Silva
Advogado. OAB /MG- 132.384

RESUMO

O indivíduo concebido através da reprodução assistida heteróloga, possui o direito de buscar sua origem genética, esta que está relacionada a características pessoais que o tornam um sujeito único. Em se tratando de direito da personalidade, ainda que não previsto de forma taxativa (não existe previsão de tal direito na Constituição Federal e muito menos no Código Civil), não há como negar tal direito. Não se pode impedir que o filho gerado por meio de reprodução assistida heteróloga possa investigar e ter acesso à sua origem genética, sobretudo porque se trata de um direito personalíssimo, indisponível e intransferível. A pesquisa que fora realizada por meio de leis irá discutir a eventual quebra do sigilo dos doadores do banco de sêmen. Vale ressaltar a extrema importância da atuação do Direito de Família em conjunto com o princípio da dignidade humana, frente à inseminação artificial heteróloga, pois, é baseando-se em princípios reguladores das relações familiares concernente à filiação, que trará a finalidade ao indivíduo do conhecimento de sua origem biológica. Não obstante, estamos frente a um tema muito novel, fato este que dificultou bastante o embasamento do trabalho.

Palavras-chaves: Direito de Família. Reprodução Assistida. Origem. Genética. Biotecnologia.

ABSTRACT

The individual conceived through the heterologous assisted reproduction has the right to seek its genetic origin, that which is related to personal characteristics that makes an individual unique. When it comes to rights of personality, even if not foreseen as normative (there is no prevision of such right in the Constitution, much less in the Civil Code), there is no way to deny that right. You cannot prevent the child generated by heterologous assisted reproduction to investigate and have access to its genetic origin, mainly because it is a personal right, unavailable and nontransferable. The research was conducted through laws will discuss the possible breach of confidentiality of donor sperm bank. It is worth to emphasize the extreme importance of the role of Family Law together with the principle of human dignity, against the heterologous artificial insemination once it is basing on family relations regulating principles concerning the filiation that will bring means to the individual of knowing its biological origin. Nevertheless, we are facing a very novel theme which brought enough difficulty for this paper basis.

Keywords: Family Law. Assisted Reproduction. Genetic. Origin. Biotechnology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PATERNIDADE	13
2.1 Paternidade biológica	13
2.2 Paternidade sócio afetiva	14
3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	17
3.1 Inseminação artificial homóloga	17
3.2 Inseminação artificial heteróloga	17
3.3 Fertilização <i>in vitro</i>	18
4 BIOTECNOLOGIA	19
5 TENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
5.1 Direitos fundamentais	22
5.2 Titularidade dos direitos fundamentais	22
5.3 Características dos direitos fundamentais	22
5.3.1 Historicidade	22
5.3.2 Imprescritibilidade	23
5.3.3 Irrenunciabilidade	23
5.3.4 Inalienabilidade	23
5.3.5 Inviolabilidade	23
5.3.6 Efetividade	23
5.3.7 Relativismo	23
6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	25
7 DIREITO A VIDA	25
8 DIREITO À PRIVACIDADE	31
8.1 O direito do doador ao anonimato	32
9 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA	35
10 DIREITO A ALIMENTOS	37
10.1 Relativismo dos direitos fundamentais em consonância com a razoabilidade e com a proporcionabilidade	39
10.2 Obrigação de alimentar do doador de sêmen	40
11 CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º veio garantir igualdade de direitos aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, vedando discriminações. Assim sendo, se faz presente o vínculo que estabelece a paternidade ou filiação, quanto aos direitos do filho. Qualquer discussão a respeito de como este ser veio ao mundo é inútil, pois levará sempre ao mesmo resultado, o dever dos pais de cumprir com as obrigações que tem com os filhos, que são infinitas.

A biotecnologia e o próprio direito vieram apimentar a discussão a respeito da paternidade. Hoje os avanços tecnológicos tornaram possível a reserva do sêmen em laboratórios, destinados, por exemplo, a casais cujos homens sofrem com problemas de infertilidade e as mulheres que querem ter filhos, porém de forma independente, sem marido ou companheiro.

Com a aparente falta de normatização, dúvidas vão se frutificando quando tratamos da inseminação artificial heteróloga, tais como a possibilidade de a mulher que não vive uma relação conjugal ou de companheirismo ser inseminada ou se além do vínculo biológico há vínculo jurídico entre o doador e as crianças geradas com auxílio da técnica de reprodução assistida.

Em face do aparente conflito entre os direitos fundamentais à vida e à privacidade, direitos estes que perdem a harmonia quando o assunto é o Direito aos Alimentos do concebido do banco de sêmen, esta obra abordará a possibilidade de quebra do anonimato do doador e sua inclusão no polo passivo de uma demanda alimentícia.

Este trabalho não tem por escopo por fim às dúvidas sobre o tema, uma vez que até mesmo renomados doutrinadores civilistas pátrios não se arriscaram a discorrer sobre o assunto. A meta da presente pesquisa é servir de um norte para se chegar à resposta para algumas das tantas perguntas que brotam no campo fértil da inseminação artificial heteróloga, utilizando-se do método da interpretação da sistemática do direito positivado, ou seja, comparando uma lei com a outra, tendo em vista a escassez de material que pudesse dar suporte e embasamento para o trabalho.

2 PATERNIDADE

No sentido etimológico, a palavra paternidade significa qualidade de ser pai, contudo, essa condição, hoje em dia, já não é tão simples de ser determinada. As sociedades, em regra, estão se desenvolvendo rapidamente e as mudanças verificam-se em todas as áreas, e em relação à paternidade não foi diferente. Passamos do poder de vida, de morte e de venda sobre os filhos, como prescrito na Lei das XII TÁBUAS, vigente no passado romano ao melhor interesse do menor previsto em nossa legislação e tão frequentemente utilizada como alicerce das decisões contemporâneas de nossos juízes e tribunais.

A paternidade, no direito pátrio, é a relação de parentesco em primeiro grau na linha reta ascendente, com essa relação tendo origem biológica ou socioafetiva.

O termo paternidade, por vezes, é utilizado de forma ampla, tendo como exemplo o preceituado no art. 226, §7º da nossa Lei Maior, que usa a expressão “paternidade responsável” englobando, destarte, a paternidade em sentido estrito e a maternidade.

2.1 Paternidade biológica

A consanguinidade é a principal característica da paternidade biológica, sendo um dos fatores que determina a relação existente entre filhos e seus pais denominada filiação, o qual é um fato jurídico ensejador dos mais variados efeitos, como por exemplo, a obrigação alimentícia, a preservação da legítima no direito hereditário, o poder familiar, entre outros.

Esta pesquisa não tem por fim tecer maiores considerações a respeito de filiação, instituto surgido com a determinação da paternidade em sentido amplo, e provada, em regra pela certidão do termo de nascimento, inscrito no registro civil ou por qualquer meio admitido em direito. Nos insurge apenas considerar que na atual ordem jurídica brasileira, todos os filhos, independentemente de origem, têm os mesmos direitos e qualificações, vedada qualquer forma de discriminação, diversamente de outrora, onde a forma de pensar, o conceito moral e ético, a religiosidade prevaletentes na sociedade, influenciaram, tal como hoje, na legislação da época, determinando diferentes e desproporcionais direitos para os filhos havidos dentro da relação de casamento (filiação legítima) e os havidos de outras formas (tidas como filiação ilegítima), se negando a estes a identidade e a assistência de forma geral, direitos que hoje entendemos serem devidos a todos os filhos indiscriminadamente.

A consanguinidade pode ser comprovada em laboratório, sendo o exame do DNA (ácido desoxirribonucleico), pelo qual se examina o material genético contido nos núcleos celulares, atualmente, a mais conhecida forma de se chegar à verdade biológica.

Nossa legislação abriu a possibilidade de haver presunção da paternidade biológica na constância da relação conjugal, como se depreende nas ocasiões previstas nos quatro primeiros incisos do artigo 1.597, do CC/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;

É óbvio que essa presunção não pode ser absoluta, cabendo, havendo justo motivo, uma ação própria de investigação de paternidade e concomitante ação de retificação do registro de nascimento.

2.2 Paternidade sócio afetiva

Nas palavras da mestra em direito civil Queiroz (2011, p. 49): “ [...] note que a verdade biológica impõe a paternidade, mas verdade sociológica constrói, paulatinamente, a paternidade [...]”.

E a ilustre doutrinadora segue dizendo: “ [...] Torna-se visível a valorização do elemento socioafetivo, pois a paternidade biológica se torna insuficiente se, ao mesmo tempo, não se encontrar a paternidade de afeto...”

Na busca da verdade real, consubstanciada no devido processo legal, o qual deve anteceder, como regra, as decisões de nossos magistrados, podem ser encontradas situações em que a liame biológico, a paternidade consanguínea, mesmo dotada de uma importância inquestionável, não tem a relevância, para os envolvidos, que tem uma relação afetiva. Em nossa sociedade se vê uma evolução positiva do pensamento jurídico em que se dilata a ideia de que para se atender ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, entre outros meios, que seja o ser humano mantido, inserido, protegido no seio de uma família que o ame e o proteja independentemente de laços de sangue.

Na iluminada obra de Bruno (2000, p. 463) a ilustre doutrinadora tratou de elucidar os contornos que regem a paternidade socioafetiva ensinando-nos que ela se verifica quando existe entre uma criança ou um adolescente e um homem, que não é seu genitor biológico nem adotivo, a posse do estado de filho, ou seja, existe entre eles “relações de afeto que se consolidam entre pais e filhos mesmo na ausência de vínculo genético”.

Sintetizando, se há uma relação entre um homem e uma criança ou adolescente que equivalha há uma ligação afetiva que se espera existir em relações entre pais e filhos e se esse elo for tido como tal no meio social em que vivem, pode sim ser caracterizada a paternidade socioafetiva, não importando se este elo é judicial, como na adoção, se é um “filho de criação” (quando se assume uma criança sem que haja vínculo jurídico ou biológico), da adoção à brasileira (vedada em nossa legislação, vindo a ser a hipótese em que alguém, mesmo sabedor de que o filho não é seu, o registra como tal ou da reprodução humana assistida heteróloga).

3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O termo “inseminação” é proveniente da palavra latina “*inseminare*”, de “*in*” (que significa dentro), e “*seminare*” (que quer dizer, semear). É conhecida como inseminação artificial homóloga, o tratamento realizado com sêmen proveniente do próprio cônjuge ou do companheiro e quando a inseminação é feita em mulher casada ou convivente com sêmen originário de terceira pessoa ou, ainda, quando a mulher não é casada têm-se a inseminação artificial heteróloga. As técnicas de Reprodução Assistida podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

Nas palavras do próprio texto normativo do Conselho Federal de Medicina, a Resolução CFM nº 1.957/10, as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas, sendo que a técnica de RA pode ser utilizada desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente e em todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento

3.1 Inseminação artificial homóloga

A inseminação artificial homóloga pressupõe um querer fraterno e materno pelo fruto do encontro do material genético do homem e da mulher. Se acontecer dentro do casamento, presume-se a paternidade. O novel código civil não trouxe em seu bojo a regulamentação deste tipo de fecundação assistida acontecendo fora de uma relação conjugal, mas acontecendo dentro de uma união estável, deve ter o intérprete a noção de que nossa norma mãe reconheceu este instituto como entidade familiar, assim, não seria errôneo, mesmo com a falta de previsão legal, considerar a presunção de paternidade aos filhos nascidos na constância de união estável.

3.2 Inseminação artificial heteróloga

Pode ser entendido como um procedimento em que se efetua a introdução de sêmen, normalmente armazenado em banco, de doador, que não seja o marido ou o companheiro, no colo do útero da receptora, na vagina ou ainda, na cavidade uterina, é um procedimento

utilizado principalmente nos casos de esterilidade definitiva do homem ou em decorrência de doenças hereditárias. Mundialmente é conhecida como *Artificial Insemination by Donor* (AID), sendo, hodiernamente um tratamento realizado por mulheres solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, férteis, bem como por homossexuais e transexuais.

Como já foi analisado, na inseminação artificial heteróloga, entre o doador e o ser gerado há somente um vínculo biológico, já entre este e o marido ou companheiro da receptora o vínculo é estabelecido pela força jurídica da autorização concedida, esta que pode estar aliada ao elo socioafetivo.

A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial, sendo um ato de solidariedade. E ainda, os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, são imposições normativas ao procedimento.

Na região de localização da unidade, terá que haver, de acordo com a resolução, um registro dos nascimentos, sendo uma tentativa para se evitar que um doador venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

Obrigatoriamente, será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

O sigilo do nome do doador de sêmen insculpido pela norma resolutiva do Conselho Federal de Medicina é uma forma de se tentar preservar e garantir doações de sêmen, tendo em vista que, supostamente, o doador não pensa em constituir família. Porém, este acordo feito entre clínicas, médicos, receptores pode sofrer um abalo quando em confronto com o direito à vida daquele gerado com auxílio da técnica de inseminação artificial heteróloga.

3.3 Fertilização *in vitro*

A fertilização *in vitro*, é também espécie de reprodução assistida, em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide em laboratório, sendo o embrião, após, inserido em um útero que pode ser ou não da fornecedora do material genético feminino.

4 BIOTECNOLOGIA

Também é importante para a conclusão deste trabalho, o qual visa tratar sobre a paternidade heterogênea, mesmo de forma singela, sobre o meio que a torna possível.

Entende-se com biotecnologia qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou derivados destes para produzir ou modificar produtos ou processos para usos específicos.

É notável a capacidade do ser humano de superar desafios, sendo a incapacidade do ser humano de se reproduzir um mal sempre presente em nossa sociedade, alertas, os olhos da ciência, baseados na conveniência e na oportunidade que os avanços tecnológicos propiciaram, desenvolveram um caminho para as pessoas que não poderiam pela forma convencional suprirem a necessidade humana de se reproduzirem.

Sempre vai haver muita discussão, seja religiosa, ética, moral, jurídica etc., a respeito dos resultados encontrados pela biotecnologia. Sabemos que a virtude está no meio. Não há como negar as benesses da ciência, com ela nos adaptarmos ao ambiente, em sentido amplo, em que vivemos. E a história mostra que os seres com capacidade de se adaptar tem sua existência prolongada no tempo. Contudo, a mesma ciência que pode nos dar hoje seres geneticamente melhorados pode dar espaço à eugenia prejudicial ou ao genocídio.

É o próprio homem que pode desvirtuar uma boa ideia. O trabalho de nossos administradores, legisladores, juízes e de cada um de nós é estar atento às ameaças. O desafio é criar medidas de controle que não inibam as pesquisas e ao mesmo tempo restrinja a liberdade das pessoas que lidam com elas.

5 TENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na análise de dois direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, mais precisamente o Direito à Privacidade e o Direito à Vida, à luz da proteção daquele concebido do banco de sêmen e que venha a necessitar do manto de proteção do Direito a Alimentos em relação ao anônimo doador, verificaremos, em face de algumas situações hipotéticas, que em determinados casos, a privacidade do fornecedor de material genético pode ser restringida.

Imagine um casamento cujo marido irá receber uma grande herança de um tio. Este casamento está sofrendo um desgaste por causa de brigas e outras tormentas que estão conduzindo esta união à ruína. Sabendo disso, a mulher fraudava a assinatura do marido numa autorização para a prática de inseminação artificial heteróloga. O procedimento é praticado e poucos dias depois o marido descobre a trama, se separa da mulher e anula o documento na justiça. Com o nascimento da criança e desamparada pelo ex-marido que desapareceu, a mãe se vê em grande dificuldade de sustentar a criança.

A alteração de direitos fundamentais hipoteticamente criado traz a situação em que o cônjuge, vítima de fraude, consegue provar a malícia de sua mulher, anulando uma autorização para que a cônjuge ou a companheira efetive um procedimento de inseminação artificial heteróloga, mas somente após o procedimento ter sido praticado e a criança já esteja sendo gerada.

Diante desta situação podemos observar que a criança que irá nascer não tem um pai socioafetivo, que a validade da autorização concedida pelo ex-marido não pode prosperar pois eivada pelo vício da nulidade e a própria existência do menor corre riscos por causa da falta de recursos. Assim sendo, nesta hipótese, pode este filho pleitear alimentos do pai biológico?

A resposta a este questionamento demanda uma análise aprofundada no universo dos direitos fundamentais inerentes à vida e os relativos à privacidade.

Neste embate figuram de um lado o fornecedor do material genético masculino, ou seja, o pai biológico, médicos ou clínicas que trabalham com reprodução humana assistida e uma norma que demanda pelo anonimato do doador e do outro uma criança desamparada material e afetivamente, face às mazelas pelas quais passa a genitora em momento posterior à autorização anulada.

Ninguém apoiou a mulher durante a gestação da criança. Esta ao vir ao mundo não se deleitou do convívio de alguém que figurasse como pai, que demonstrasse para com ela uma relação espontânea de afetividade paternal. A posse do estado de filho decorrente do estável

laço de filiação construído no dia a dia de afetividade entre pai e filho não se verifica entre a criança e o ex- cônjuge ou companheiro.

O desafio é enorme. Será que corroborar com a proposta de alguns autores que sugerem para a inseminação artificial heteróloga as mesmas disposições acerca da adoção, rompendo qualquer vínculo jurídico entre a criança a ser gerada e o doador, se faz a melhor solução? Veremos que não.

5.1 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são frutos dos direitos naturais, encontrando fundamento de validade em si mesmo, assim sendo, é indiferente à norma positivada. Prega a concepção do homem já nascendo com direitos que lhe são inerentes, desta forma, ao direito positivo só resta reconhecê-lo. Não é escopo desta obra percorrer os meandros dos direitos naturais, porém as breves considerações são necessárias, devido o reconhecimento de nossas normas positivas aos ditos direitos, obtendo por consequência a identificação dos direitos fundamentais envolvidos e a resposta às nossas situações hipoteticamente criadas.

5.2 Titularidade dos direito fundamentais

O exercício dos direitos fundamentais tanto pode ser efetivado pelas pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas. Mesmo o artigo 5º, caput, da Constituição Federal referindo-se tão somente aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, depreende-se que aos estrangeiros em geral, ainda que presos ou em visita também são titulares de direitos fundamentais em atendimento à dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República.

5.3 Características dos direitos fundamentais

5.3.1 Historicidade

Determinados fatos históricos são determinantes e servem de fundamentação para o nascimento dos direitos fundamentais. Desta forma podemos identificar diversas gerações de direitos pois nada mais são do que a representação de momentos históricos e dos direitos ali conquistados.

5.3.2 Imprescritibilidade

Não estão sujeitos a prazo de validade sendo eternamente exigíveis, não prescrevem, nunca deixam de poder ser reclamados.

5.3.3 Irrenunciabilidade

Não é admitida a sua renúncia, podem até deixar de ser exercidos, porém jamais podem ser renunciados e, portanto, os direitos fundamentais são inegociáveis.

5.3.4 Inalienabilidade

Não é possível transferir um direito fundamental

5.3.5 Inviolabilidade

Não podem ser violados seja pelo Estado ou pelos particulares

5.3.6 Efetividade

O Estado deve primar por garantir o respeito e a efetividade dos direitos fundamentais

5.3.7 Relativismo

Os direitos fundamentais submetem-se a limites no seu exercício, vale dizer: a regra que impera é a do relativismo dos direitos fundamentais. Os direitos não são absolutos, principalmente quando em confronto com outros direitos fundamentais. Essa relativização pode advir da capacidade de conformação que é dada ao legislador. Assim, mesmo nos casos em que não existe uma reserva legal, ou seja, mesmo quando a constituição não faz referência à lei é possível que o legislador venha a delimitar a forma de utilização dos direitos fundamentais. Mais será dito sobre a relatividade dos direitos fundamentais, em momento oportuno, dentro desta obra, para melhor entendimento do tema em exposição.

6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 veio a reconhecer a importância do ser humano para sua formação. Nossa República enxerga com basilar a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

Pode se dizer que esse princípio traz a responsabilidade do Estado em proteger o ser homem pelos atributos inerentes ao próprio homem, de tal forma que o núcleo de atuação do Estado Brasileiro em suas ações deve estar voltada para a dignidade da pessoa humana.

Cabe citar o pensamento de alguns autores sobre a dignidade da pessoa humana:

“A dignidade é o valor de que reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente”. (KANT, 2004, p. 52)

O grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social. (CUNHA, 2005, p. 85/88)

Assim, temos como base da nossa República o ser humano. Por isso, seja para protegê-lo, dos próprios atos estatais ou de atos de terceiros e até mesmo de seus próprios atos, devem as ações dos entes do Estado estarem voltadas para o cuidado para com este ser.

Adotando este pensamento, Pereira (2000, p. 36) entende que o direito, neste fim de século, está marcado:

[...] pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores existenciais da pessoa humana, outrora relegados a uma proteção indireta, quando existentes [...] revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana”.

7 DIREITO À VIDA

Quando tratamos do ser homem, vida, em sentido vulgar, pode ser definida como energia que impulsiona a máquina humana. Já em sentido amplo, também vulgarmente falando, pode ser definida como um conjunto de características inerentes ao universo do ser vivo (no nosso caso, ser humano) as quais regem seu existir e os individualizam. Um conceito técnico sobre o que é vida nos é trazido por Capra (2003, p. 87), o qual aduz:

Com relação aos seres vivos, a característica básica é a auto-organização (para alguns autores denominada *autopoiese*, decorrente do grego, criar ou produzir a si mesmo) a permitir um padrão, ou seja, uma rede contínua de interações. Como decorrência, sistema vivo é um processo dinâmico de auto-organização das estruturas, respeitando-se sempre o mesmo padrão. Deste modo, o processo de vida é a atividade abrangida na contínua incorporação das relações de organização do sistema, uma organização autopoietica. Tudo o que se precisa fazer para descobrir se um ser é vivo é observar se seu padrão de organização é uma rede autopoietica a qual tem por característica básica a continuada produção de si mesma. Onde pode se concluir que, se a organização permite o movimento contínuo para a geração de si mesma, o ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, porque a rede viva, constantemente, cria a si própria.

Silva (2005, p. 194) menciona que:

A Vida, no texto constitucional, não será considerada apenas no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se incessantemente sem perder sua própria identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. O direito à vida que por ora tratamos diz respeito a direitos e garantias correlatos à proteção da chama da existência humana.

Não seria total impropriedade dizer que de forma implícita, numa forma extensiva de interpretação, que a proteção ao direito à vida tem início antes mesmo do ser humano ser concebido, passando deste momento até o seu nascimento com vida e daí em diante. Isso se dá por interpretação do § 7º do artigo 226 da Constituição Federal e com o Código Civil de 2002 e diversas outras normas, as quais explanam o manto protetivo da vida, mesmo antes da concepção, com a proteção da família e do livre planejamento familiar com previsão no artigo 226 da Constituição Federal e após a concepção com o resguardo de seus direitos, como estabelecido no artigo 2º do Código Civil.

Artigo 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. .

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

Quer dizer que, no momento de elaboração da norma, o legislador ao tratar do livre planejamento familiar, quis anunciar, entre outras coisas, que podemos optar por trazer uma vida ao mundo e se esta for nossa opção o Estado só deverá intervir de forma positiva, quer dizer, ele tem que propiciar os meios necessários e possíveis para que esta vida aconteça, formando ou ampliando uma família. A proteção do direito de trazer uma vida ao mundo é de forma indireta um direito à vida.

Neste contexto pode se dizer que o direito à vida surge com a entrada em vigor da norma supra citada de proteção à família, sendo uma norma de eficácia contida, em que a parte que trata da liberdade de planejamento familiar é de forma indireta da proteção à existência humana e já se encontra apta a produzir todos os seus efeitos.

Até o nascimento com vida vários institutos tratam sobre sua proteção de forma indireta, podemos citar como exemplos, os artigos 6º e 7, ° XVIII da Constituição Federal que tratam respectivamente da proteção à maternidade e da licença à gestante, o artigo 71 previsto na lei 8.213/91, trata do salário- maternidade, e o artigo 2º do Código Civil de 2002 que trata do resguardo aos direitos do nascituro desde a concepção.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Lei nº 8.213/91, nestes termos:

“Art. 71 - O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante cento e vinte dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, sendo pago diretamente pela Previdência Social.

A partir da expulsão da criança do ventre materno, estando esta com vida, ela adquire os direitos de personalidade e conseqüentemente ao novo ser deve ser assegurado o fluir dos direitos e garantias trazidos pelos preceitos atribuídos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas insta anotar que primeiro surge a vida e só depois os direitos da personalidade, isto porque se entendemos que a vida é a energia que move a máquina humana, primeiro

temos que ter força suficiente para mover todo nosso engenho respiratório para trazer o ar aos nossos pulmões e neste momento estamos vivos para o direito.

Neste ponto chegamos à conclusão de que pode haver vida sem a proteção do princípio da dignidade humana, mas a recíproca, por óbvio, não é verdadeira.

A vida tem como característica não ser recuperável quando extinta. Quer dizer, ainda não há uma forma de sairmos de um estado de morte apesar de todo avanço biotecnológico. E por esse motivo que só podemos dispor de partes de nosso corpo, que importariam diminuição permanente da integridade física, para quando não estivermos mais vivos. Em favor de uma boa elucidação, é indispensável arrolar nesta obra algumas disposições normativas sobre o tema, como os artigos 13, 14 e 15 do Código Civil de 2002 e da lei e os artigos 1 e 9 da lei 9.434/1997.

LEI Nº 10.406/2002.

(...)

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Lei 9.434/1997.

(...)

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

(...)

“Art. 9º.”. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

(...)

§ 3º. Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º. O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada. § 5º. A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização”

Quando a chama que alimenta o existir humano não queima em sua completa intensidade, é porque estamos doentes. E por isso que nossa liberdade em dispor de partes de

nosso sistema humano que causem diminuição de nossa atividade vital, ainda que de forma não permanente, como na doação de sangue, ou de órgãos duplos é limitada pelo rigor legal.

Neste íterim, podemos deduzir que nenhuma norma, seja ela estatal ou não, pode eximir completamente o doador da responsabilidade com o ser que seu ato benevolente ajudou a trazer ao mundo, sem incorrer em vício de validade ou inconstitucionalidade. No campo da validade figura o descompasso da norma com o ordenamento jurídico vigente e no da inconstitucionalidade se apresenta a afronta à dignidade da pessoa humana.

8 DIREITO À PRIVACIDADE

Um forte avanço na proteção da dignidade humana relativo à vida em sociedade deu-se com positivação do direito à intimidade e à privacidade das pessoas. Desta forma, felizmente, o legislador constitucional tratou de inserir na *Lex madre* a inviolabilidade desses direitos e também da honra e da imagem das pessoas. O Art. 5º, X da CF “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”.

Podemos conceituar o plano das relações humanas em pública e privada. Pública pode ser considerada a relação querida ou não, importante e necessária para a nossa vida em comunidade. Já no eixo privado, temos aquelas relações que queremos ou escolhemos, como o relacionamento com amigos, parentes etc. Por intimidade, podemos entender ser aquela manifestação do âmago de cada indivíduo, a qual não repartiu com ninguém ou somente com um pequeno grupo de pessoas.

A violação à privacidade pode trazer prejuízos irreparáveis à paz, ao sossego, à honra e à imagem das pessoas. Paz pode ser entendido com ausência de conflitos, sossego é a situação em que as coisas caminham em consonância com nosso querer e em harmonia com a paz, já a honra pode ser dividida em subjetiva, sendo o sentimento pessoal de auto estima de cada pessoa, e em objetiva que é o conceito que a pessoa goza no contexto social em que se encontra inserida.

Fica evidente e inegável a relevância da proteção à privacidade, contudo, esta proteção não pode ser absoluta, ainda mais quando em embate com outros direitos fundamentais.

A todo instante somos violados em nossa privacidade, por todo lado há pessoas atrás de câmeras vigiando nossos movimentos, o Fisco tem dados de nossas movimentações financeiras e de muitas outras coisas, temos que mostrar documentos pessoais em blitz policiais e ainda podemos ser revistados pelos mesmos. De forma voluntária, podemos expor nossa intimidade e nossa vida privada ao mundo. Uma auto biografia só é legítima se há alguma exposição da vida íntima e privada do autor. Não há impedimentos à pessoa de divulgar dados de sua vida privada ou de sua intimidade. A Constituição Federal permite a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato, lembrando que o que pensamos, o que guardamos na memória pode ser entendido como os elementos mais seguros da intimidade. Todas essas violações são em prol de não se excluir outros direitos fundamentais,

como a segurança, a liberdade de expressão, o direito à informação. É a aplicação da característica da relatividade dos direitos fundamentais.

8.1 O direito do doador ao anonimato

Quanto ao anonimato dos doadores de sêmen, dispõe a resolução n° 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, em seu capítulo IV, parte 3, que obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. A vedação à divulgação da identidade dos doadores estampa a preocupação de quem a elaborou com privacidade do doador e com a própria manutenção das doações. Presume-se que intenção de quem venha a doar sêmen não é de formar uma família e sim de praticar um ato altruístico, em atendimento à solidariedade com o próximo. Não são poucos os doutrinadores que se manifestam favoráveis à manutenção do anonimato dos doadores. Destacamos a opinião de dois ilustres doutrinadores:

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato. (...) “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento. (LEITE, 2003, p. 88)

[...] a identidade do doador só pode ser revelada em casos de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informações genéticas indispensáveis à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa. (BRAUNER, 2003, p. 88)

A exceção à obrigatoriedade de se manter a preservação do anonimato também se encontra na norma do Conselho Federal de Medicina, supracitada a qual aduz que, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. Sobre este prisma dispõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama que o anonimato das pessoas envolvidas no processo de reprodução assistida deve ser mantido, mas quanto à pessoa que nasceu por meio da técnica heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, a ela deve ser possibilitado o acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Mas no caso de fecundação artificial heteróloga, há um limite para a obrigação de se manter o sigilo dos doadores? Sim. Principalmente quando houver outro direito fundamental em xeque. Um direito fundamental não pode excluir o outro.

Dada essa visão, temos que o anonimato do doador exclui o direito da pessoa gerada do banco de sêmen de conhecer sua identidade genética e, principalmente, de pleitear recursos para sustento de sua própria existência.

9 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Para o melhor entendimento desta obra passaremos por breves considerações a respeito do direito do ser gerado por meio do procedimento da inseminação artificial heteróloga de conhecer sua identidade genética. A importância deste direito se vislumbra na medida em que para se pleitear alimentos, obviamente, temos que identificar as pessoas que vão participar do polo passivo de uma possível demanda alimentícia. Como já foi visto, alguns autores se identificam contrários à quebra do sigilo do doador, porém, outros baseiam a possibilidade de quebra do sigilo no atendimento a outros direitos fundamentais, principalmente na já citada, dignidade da pessoa humana. Nesse ínterim Lôbo (2004, p.153) afirma que:

O direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano”. Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.

Leciona Almeida (2003, p. 66) que :

[...] toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação 18 da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.

Não se encontra expresso no texto constitucional o direito à identidade genética, porém, como o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não é taxativo, outros direitos fundamentais podem ser verificados, ainda mais por serem tais direitos dotados da característica da historicidade, demandando pela primazia da realidade social que pode elevar determinado aspecto humano, antes tido por não tão relevante a ser indispensável à existência e vice-versa. É como leciona Petterle (2007), enfatizando que o fato de ter na Constituição Federal um rol não exaustivo se dá por causa da chamada cláusula aberta sendo que existem direitos que possuem relevância, conteúdo materialmente significativo e que não estão positivados, mercedores, portanto, de proteção constitucional

Destarte, no momento estamos vivendo a era da biotecnologia, e sendo ela boa ou não, temos que ter sempre em mente que não se pode desvirtuar o manto da dignidade humana. Ao homem o que é do homem...

A respeito nos ensina a doutrinadora Petterle (2007, p. 91):

Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade dessa investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

10 DIREITO A ALIMENTOS

Madaleno (1998, p.147) preleciona que:

Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana reinante nas relações familiares e que têm como inspiração fundamental a preservação da dignidade da pessoa humana, de modo a garantir a subsistência de quem não consegue sobreviver por seus próprios meios, em virtude de doença, de falta de trabalho, de idade avançada ou de qualquer incapacidade que a impeça de produzir os meios materiais necessários à diária sobrevivência.

O que seria do direito à proteção à vida, se não se garantisse proteção aos meios de manutenção da mesma. Não há uma definição legal do que seja alimento. A Constituição Federal, em seu artigo 227, assegura a crianças e a adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade. Da forma como foi preceituado pode ser entendido como aquela substância que uma vez no organismo, nutre tecidos e produz calor. Miranda (1971, p. 197) traz uma definição ampla sobre o tema:

Alimento tem, em direito, acepção técnica, uma vez que, na linguagem comum, significa o que serve à subsistência animal e, no sentido jurídico, citando as próprias Ordenações Filipinas, os alimentos compreendem tudo o que for necessário ao sustento, à habitação, à roupa, ao tratamento de moléstias e, se o alimentado for menor, às despesas de criação e de educação. Hoje em dia, ao elenco mencionado, se acrescenta o lazer, fator essencial ao desenvolvimento equilibrado e à sobrevivência sadia da pessoa humana.

Sobre a importância dos direito a alimentos, Sarlet (2005, p. 461) aponta que: “em última análise, está em causa um direito fundamental a prestações de caráter existencial, que independentemente de previsão legal, já poderia ser deduzido do direito à vida com dignidade”.

Depositamos uma parcela significativa de nossas liberdades no Estado, em prol da vida em sociedade e de nossa própria proteção. A vida como direito fundamental deve ser protegida pelo Estado, destarte, deveríamos pensar nele como o primeiro da fila quando pleiteamos alimentos. Contudo, devido à imensa demanda de pessoas que necessitam de alimentos e a insuficiência de recursos do Estado, este depositou a responsabilidade na família, nos parentes. Desta forma prevê o Código Civil de 2002, o qual a partir do artigo 1.694, determina que podem os parentes, os cônjuges e os companheiros pedirem uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social e ainda que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo

a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (art. 1.695, CC).

Como se observa da norma civil o direito à prestação de alimentos é obrigação entre pais e filhos. Assim dizendo, em relação às pessoas obtidas com auxílio do processo de inseminação artificial heteróloga, o único impedimento que poderia existir seria uma outra relação de paternidade já consolidada. Frise-se que a prova de filiação legítima fazia-se por meio de certidão do termo de nascimento. No caso de o Registro Civil ser inexistente ou encontrar-se imperfeito, pode a filiação ser evidenciada por começo de prova escrita, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente, ou ainda, por veementes presunções resultantes de fatos já certos. É o que a doutrina intitula de *posse de estado de filho*.

Ensina-nos Gomes (2000, p. 334), a este respeito, o seguinte: “A posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa.”

Desta forma, ao doador não restaria a incumbência de alimentar pois esta responsabilidade estaria afeta ao pai socioafetivo. Mas e no caso da mulher que quer assumir sozinha a criação de um filho, adota o procedimento, e após o nascimento da criança se vê em condições de miserabilidade. Neste caso, houve um acordo entre doador, receptor, médico, clínica ou centro que trata de inseminação artificial que não pode excluir os direitos da criança de pleitear alimentos.

A falta aparente de regulamentação legal a respeito da inseminação artificial heteróloga concomitante com o preceito trazido pelos artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil traz um rol enormes de perguntas às quais, se forem respondidas com a interpretação literal do direito positivo pode trazer situações inusitadas, curiosas e até mesmo constrangedoras.

A página virtual globo.com publicada em setembro de 2011 trouxe a notícia de que um doador de sêmen pode ser pai de cem filhos. Ele fez doações de duas a três vezes por mês ao único banco de sêmen do país que fornece gametas masculinos a clínicas de reprodução de todo o país, o Pro-Seed. Nesse ínterim fica a pergunta: e se o doador precisar de alimentos? Pode se ignorar o risco à vida de um ser humano em prol da comodidade que o anonimato dá à vida de cem filhos? E os meios irmãos em caso de necessidade podem cobrar alimentos de seu pai ou uns dos outros?

Outro interessante dado trazido informa que a cada cem amostras de sêmen colhidas somente vinte por cento viram gravidez de fato havendo a frustração das demais. É a própria unidade, banco de sêmen, que se encarrega de controlar o destino dos gametas de cada doador para que não fiquem todos na mesma região.

Esclarece-nos ainda que no Brasil não temos nenhum doador com mais de 12 gestações comprovadas - diz categórica. Mas muitas famílias querem sigilo absoluto e não retornam ao médico para informar se a inseminação deu positivo ou não. Desta forma, nunca se consegue ter um retorno de 100% dos pacientes. E a chance de que esses "meio irmãos" venham a se conhecer no futuro pode ser pequena, mas existe.

Com a análise da reportagem aliada ao estudo sobre o assunto para a realização deste trabalho conclui-se que há um desprezo dos legisladores a respeito do tema. O que se nota é que mesmo diante da inquestionável importância de tudo que envolve a reprodução humana assistida em prol da formação da família se olvidam da responsabilidade de cada um sobre seus atos. Deixar ao alvedrio dos bancos de sêmen o destino dos gametas doados, mesmo sabendo que ao longo da história o dinheiro teve o poder de corromper muitas das almas mais puras é liberar à vontade da sorte a aparição ou não de problemas, por exemplo, o risco à saúde pública com a probabilidade cada vez maior de união entre irmãos. É só parar e refletir um pouco... número baixo de doadores, muitos que precisam se utilizar da técnica de reprodução heteróloga e o ser homem que pode errar, que pode ser corrompido...

Por razão de oportunidade e razoabilidade não posso nesta obra abordar as mais diversas situações que circundam a reprodução assistida. Limitarei-me a demonstrar que vem assistido de razão aqueles que alegam, sintetizadamente falando, que nossos atos não podem ser desvinculados tão facilmente dos resultados que obtêm. As clínicas e os médicos querem dinheiro. Algumas pessoas querem doar gametas, outras querem ter filhos, mas poucas refletem, com a merecida atenção, sobre a consequência dos atos a se praticar.

Ao olhar desatento pode parecer que esse trabalho tem por fim por um freio no número de doações, ou é um manifesto contra novas tecnologias ou até mesmo um ato formal contra a inoperância legislativa, conclusões estas descabidas de verdade. O intuito deste trabalho é demonstrar que entre os direitos fundamentais de primeira geração, direito estes inerentes à pessoa humana como tal, aqueles que tratam da manutenção da vida, em sentido estrito devem, em regra, prevalecer sobre os demais.

10.1 Relativismo dos direitos fundamentais em consonância com a razoabilidade e com a proporcionabilidade

Passaremos a tratar, a tempo, do relativismo dos direitos fundamentais. Discorreremos, mesmo que em breves explanações, sobre diversos institutos jurídicos que circundam o universo dos doadores, clínicas, receptores e dos concebidos do banco de sêmen como o direito à vida, à privacidade, a alimentos, à identidade genética e no caso o anonimato com o

fim de demonstrar que uma orientação relativista dos direitos fundamentais é imprescindível para se garantir que nenhum direito humano, envolvido no caso, seja excluído totalmente.

Descobrir o limite em que cada direito pode ser exercido é a maior dificuldade do intérprete, mas para se facilitar o trabalho ele pode se utilizar de um instrumento muito utilizado no direito administrativo, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Carvalho Filho (2006, p. 29) ministra que:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocam a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos Standards de aceitabilidade.

E sobre o princípio da proporcionalidade, o ilustre doutrinador dispõe que:

Segundo a doutrina alem, para que a conduta estatal observe, observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso pra alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

Segundo Bonavides (1994, p. 386),

Uma das aplicações mais proveitosas, contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade, é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca, desde aí, solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.

Isto dito, poderemos utilizar como base para se chegar à resposta sobre a obrigatoriedade ou não de alimentar do doador, a característica da relatividade dos direitos fundamentais e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

10.2 Obrigação de alimentar do doador de sêmen

Neste ponto da obra, muito a respeito da importância e da imprescindibilidade dos direitos à vida e à privacidade já foi dito. Como sabemos nossa Constituição Federal trouxe a igualdade entre homens e mulheres perante a lei. Os limites estabelecidos para os exercícios de nossos direitos são, em regra, os limites de todos. Nosso direito à vida, não é mais amplo

que o direito a vida de ninguém e o mesmo acontece com o direito à privacidade. Sintetizando, como já dito antes, o direito de um não pode suprimir o direito do outro.

Assim, não há maiores dificuldades quando direitos que tratam da mesma matéria são contrapostos. O exercício de minha liberdade vai até o limite em que começa o exercício da liberdade de outrem e assim em diante. Mas o assunto ganha complexidade quando há um conflito de direitos que tratam de matérias diferentes, no caso em tela, a vida e a privacidade. Se uma não pode suprimir a outra e a lei não dispõe expressamente sobre o assunto o interprete deve se valer da razoabilidade e da proporcionalidade para dirimir o conflito.

A questão agora é sopesar os direitos contrapostos. De um lado temos um doador, pessoa tida por altruísta, solidária, que pratica um ato de amor ao próximo, mas que o faz, presumidamente, sem querer abrir mão de sua paz, de seu sossego, e muito menos sem pensar em constituir família, acreditando que haverá sigilo quanto à sua pessoa. E do outro, alguém que passa por necessidades, com risco da própria existência, que não tem mais a quem recorrer, senão o pai biológico. É razoável que se dê preferência à vida. Ela é única e se perdida não se recupera. Já no caso da privacidade, pode haver um abalo na vida privada, porém, ela pode se recuperar, mas a intimidade, esta pode continuar intacta. Quanto à proporcionalidade, a análise deve ser feita à luz da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. É adequada a medida de se quebrar o sigilo do doador em prol da manutenção de vida. É o fim justificando o meio. Ainda, corrobora com a adequação da medida de se restringir parcialmente o sigilo do doador a norma civil que determina que podem os parentes, os cônjuges e os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social. A vontade de não ser pai não é suficiente para elidir as obrigações inerentes aos parentes.

O que se depreende de tudo é que a norma do Conselho Federal de Medicina impede o exercício regular e legal do direito da pessoa gerada com auxílio da técnica de inseminação artificial heteróloga de buscar alimentos com seu ascendente mais próximo, assim sendo, como a lei não pode excluir da apreciação do judiciário a lesão ou ameaça ao direito, pode o gerado pedir na justiça a quebra do sigilo do doador para fim de pleitear deste os alimentos que necessita para sobreviver. Já quanto ao exame da proporcionalidade da medida exige a comparação dos prejuízos de se quebrar o sigilo do doador em prol da vida. É inegável que o benevolente doador iria ter prejuízos com a restrição à sua privacidade, porém, ainda não seriam tão severos quanto o risco à vida daquele que nasceu com a ajuda de seu ato de benevolência e não tem os alimentos necessários à sua manutenção.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento, cabe citar o lecionado por Vencelau (2004, p. 45) a qual prescreve que: “Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos”.

O direito reconhece a filiação dos filhos havidos com material genético fornecido por terceiros desde que autorizados pelo marido, mas o mesmo direito não se pronuncia claramente sobre o direito e as obrigações inerentes às partes envolvidas direta e indiretamente, tais como fornecedores de material biológico, pessoas inseminadas, médicos, clínicas e centros de biotecnologia e o Estado, contudo, como visto por tudo o que foi preceituado até o momento, por meio de uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico, se pode concluir que pode haver a quebra do anonimato do doador e a sua inclusão no polo passivo de uma demanda por alimentos, sendo uma medida adequada, necessária, proporcional e razoável.

Não obstante, cumpre ressaltar, que esta pesquisa não encontrou informativo jurídico com respaldo no assunto, sendo este trabalho elaborado em análise sistemática do direito positivado.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA: estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 66.
- BARBOSA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 45
- BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Belo Horizonte**, Universidade de Minas Gerais, v. 34, 1994. p. 289-90.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.
- BRUNO, Denise Duarte. **Família e cidadania**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002 p.463
- CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 735-736.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. 13.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 324.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LIRA, Ricardo César Pereira. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 81.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista brasileira de Direito de Família**. Rio Grande do Sul, v.19, p.133-56.
- MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. São Paulo: Del Rey, 2001, p.49.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 848

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2011.