



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

ANNILA CARINE DA CRUZ

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O ATO DE
DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DE MATERIAL GENÉTICO
HUMANO COM FINS A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HETERÓLOGA**

Londrina
2015

ANNILA CARINE DA CRUZ

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O ATO DE
DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DE MATERIAL GENÉTICO
HUMANO COM FINS A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HETERÓLOGA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Londrina
2015

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C957d Cruz, Annila Carine da.

O direito à identidade genética e o ato de disponibilização gratuita de material genético humano com fins a inseminação artificial heteróloga / Annila Carine da Cruz. – Londrina, 2015.
100 f.: il.

Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direitos e garantias individuais. – Teses. 2. Genética humana - Aspectos morais e éticos. – Teses. 3. Bioética. – Teses. I. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Ciências Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34:174

ANNILA CARINE DA CRUZ

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O ATO DE
DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO
COM FINS A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia
Resquetti Tarifa Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do
Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Alberto Paulo Neto
Pontifícia Universidade Católica do Paraná -
PUC-PR

Londrina, 28 de Agosto de 2015.

*À memória de meus avós, **José Alfredo Filho, Maria de Lourdes Brianezi Carvalho e João Baptista da Cruz**, cujos ensinamentos e convívio me proporcionaram extrair preciosas lições. À minha avó, **Ana Severiano da Cruz (Nani)**, que na sua simplicidade sempre me apoiou com seu carinho, afeto e orações. Aos meus pais, **João Carlos da Cruz e Gloria Alfredo da Cruz**, que personificam minha base e fortaleza. À memória do grande amigo, **Caio Shiguemy Cassiano Ishii**, que infelizmente nos deixou no meio desta caminhada acadêmica, mas será sempre lembrado, com muito carinho, pois a saudade é a memória que não morre!*

AGRADECIMENTOS

A Deus dou graças pelo dom da vida, por me amparar, dar forças e me conceder a graça da conclusão de mais essa etapa da minha caminhada acadêmica.

À minha amiga, professora e orientadora, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pela paciência, dedicação e disponibilidade constante na orientação e correção da dissertação, pelo conhecimento apresentado, pela amizade construída e por me ensinar o melhor exemplo de conduta que um docente deve possuir.

Ao Professor Miguel Etinger de Araújo Júnior, coordenador do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL, por toda a exigência e cobrança que me levaram a ir além da produção científica.

Ao funcionário Francisco Carlos Navarro, secretário dos Mestrados do Centro de Estudos Sociais Aplicados da UEL, pela presteza e civilidade com que sempre me atendeu.

Aos meus pais, João Carlos e Glória, pelo suporte e incentivo incondicional e por sempre acreditarem nos meus sonhos.

Aos colegas e professores que me acompanharam nestes dois anos de Mestrado, em especial aos amigos Tiago Brene, Ana Karina Sanfelice, Edney Portaluppi, Fernando Moreira, João Henrique Scaff, Maicon Castilho e Maria Luiza Garib, com quem pude intensificar a amizade por dividirem comigo a linha de pesquisa em Relações Negociais no Direito Privado.

Por fim, aos familiares e amigos, os quais deixo de nominar para não correr o risco de cometer uma injustiça, pela alegria compartilhada e por torcerem sempre por mim!

“Eu não disse que seria fácil. Apenas disse que
valeria a pena.”
São João Bosco

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais
voltará ao seu tamanho original.”
Albert Einstein

CRUZ, Annila Carine da. **O direito à identidade genética e o ato de disponibilização gratuita de material genético humano com fins a inseminação artificial heteróloga**. 2015. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2015.

RESUMO

Cuida-se de aprofundamento do estudo sobre o direito à identidade genética da pessoa humana, consagrado, ainda que implicitamente, na Constituição Federal de 1988, como manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito da personalidade, considerado espécie do gênero direitos fundamentais. Além da introdução sobre as origens da bioética e do biodireito, dá-se uma breve mirada sobre as noções conceituais preliminares e o panorama legislativo pátrio que abarca o direito à identidade genética. Analisa-se a evolução geral dos fatos, atos e negócios jurídicos, para posteriormente focar o estudo nos contratos que envolvem material genético humano e determinar a natureza jurídica do instrumento de disponibilização gratuita de gametas. Para além da fundamentação já explicitada, busca-se analisar o dispositivo que garante o anonimato do doador de material genético nos instrumentos de disponibilização gratuita de sêmen e/ou ovócitos, com fundamento no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna e Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Ao final, discute-se sobre qual direito fundamental deve prevalecer quando colocado em colidência o direito à identidade genética *versus* o direito ao anonimato do doador, bem como é feita uma incursão pela legislação comparada, apontando como alguns países europeus (Noruega, França, Suécia, Suíça e Portugal) normatizaram o tema.

Palavras-chave: Direito à identidade genética. Direito ao anonimato do doador. Inseminação artificial heteróloga. Doação. Instrumento de disponibilização gratuita de sêmen e/ou ovócitos.

CRUZ, Annila Carine da. **The right to genetic identity and the free availability act of human genetic material for purposes heterologous artificial insemination.** 2015. 100 p. Dissertation (Master's degree in Bussines Law)– Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2015.

ABSTRACT

It takes care of the deepening study on the right to genetic identity of human beings, consecrated, even implicitly, in the Federal Constitution of 1988, as a manifestation of the principle of human dignity and the right of personality, considered species of the genus fundamental rights. Besides the introduction of the origins of bioethics and biolaw, gives a brief glance on the preliminary conceptual notions and the parental legislative panorama that includes the right to genetic identity. It analyzes the general trend of events, acts and legal transactions, to further focus the study in contracts involving human genetic material and determine the legal nature of the freely available tool of gametes. In addition to the reasons already explained, it seeks to analyze the device that ensures the anonymity of the donor genetic material in the free availability of instruments of semen and/or oocytes, based on Article 5, paragraph X, of the Charter and Resolution no. 2013/2013 of the Federal Council of Medicine. Finally, we discuss about which fundamental right should prevail when placed in colidência direct the genetic identity versus the anonymity of the donor and is made an incursion in comparative law, pointing out how some European countries (Norway, France, Sweden , Switzerland and Portugal) were standardized the subject.

Keywords: Right to genetic identity. The anonymity of the donor. Heterologous artificial insemination. Donation. Free availability instrument of semen and/or oocytes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
Art.	Artigo
CC-02	Código Civil de 2002
CFM	Conselho Federal de Medicina
CRM	Conselho Regional de Medicina
DOE	Departamento de Energia dos Estados Unidos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
ICSI	Injeção intracitoplasmática de espermatozoides
Inc.	Inciso
NIH	Instituto Nacional de Saúde
OMG	Organismo geneticamente modificado
PGH	Projeto Genoma Humano
STF	Supremo Tribunal Federal

Sumário

1 INTRODUÇÃO	12
2 BIODIREITO E BIOÉTICA.....	14
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE VIDA HUMANA	14
2.2 A ORIGEM DAS PREOCUPAÇÕES COM O BIODIREITO.....	20
2.3 O BIODIREITO COMO CONSEQUÊNCIA IMEDIATA DA BIOÉTICA.....	23
2.4 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA BIOÉTICA	26
3 NOÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES E PANORAMA LEGISLATIVO PÁTRIO.....	29
3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, GENOMA HUMANO, IDENTIDADE PESSOAL E IDENTIDADE GENÉTICA – NOÇÕES CONCEITUAIS	29
3.2 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998.....	35
3.3 LEI DE BIOSSEGURANÇA – LEI 11.105/2005	40
3.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069/90	41
4 NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO MATERIAL GENÉTICO	44
4.1 FATO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICO – NOÇÕES GERAIS.....	44
4.1.1 Teoria tricotômica.....	49
4.2 CONTRATOS – CONCEITOS INICIAIS	53
4.2.1 Contratos envolvendo material genético	57
4.3 POR QUE USUALMENTE SE ELEGE O CONTRATO DE DOAÇÃO COMO O INSTRUMENTO MAIS ADEQUADO NO PROCESSO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO?	59
5 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E OS INSTRUMENTOS DE DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO COM FINS A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	66
5.1 A PRERROGATIVA DO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO.....	66
5.2 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA <i>versus</i> DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO.....	71
5.2.1 Colisão de direitos fundamentais – Qual direito deve prevalecer?.....	74
5.3 EXEMPLOS DA LEGISLAÇÃO COMPARADA	78
CONCLUSÃO	81

REFERÊNCIAS.....	85
-------------------------	-----------

ANEXOS.....	90
--------------------	-----------

ANEXO A.....	91
--------------	----

ANEXO B.....	94
--------------	----

ANEXO C.....	96
--------------	----

ANEXO D.....	99
--------------	----

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o progresso do conhecimento científico tornou tecnicamente possível a realização de intervenções na vida pré-natal, o que até então era inimaginável aos olhos das gerações precedentes.

A revolução biotecnológica já permite o acesso à totalidade do nosso material genético. Se por um lado este conhecimento traz valiosas contribuições na seara da biomedicina e dos biofármacos, por outro ameaça desnaturar a identidade humana e fabricar “novos seres” não previstos nos planos da natureza, mas sim planejados pela ciência.

No Brasil, a escassez de regulamentação encontra obstáculos para determinar o reino do que é lícito, tanto na perspectiva ética quanto na jurídica.

Diante deste cenário, destaca-se que a presente pesquisa estabelece duas hipóteses a serem testadas: a primeira gira em torno de qual direito fundamental deve prevalecer, quando colocado em colidência o direito à identidade genética da pessoa humana, fundamentado, mesmo que implicitamente, na Constituição Federal de 1988, e o direito ao anonimato do doador de material genético nos instrumentos de disponibilização gratuita de gametas, com fulcro no direito fundamental a privacidade, preconizado no art. 5º, inciso X, também da Constituição Federal; e a segunda refere-se à tentativa de determinar qual o instrumento jurídico mais adequado no processo de disponibilização gratuita de sêmen e/ou ovócitos.

A dissertação foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo do estudo se inicia com a tentativa de desenvolver um conceito para a palavra vida. Posteriormente, busca-se demonstrar a existência de uma interdependência necessária entre ética e direito, na medida em que a bioética fornece referências e parâmetros ao biodireito, capazes de revelar quando um valor humano deverá ser normatizado pelo direito positivo.

No segundo capítulo, apresentam-se algumas noções conceituais preliminares acerca do que é inseminação artificial, genoma humano, identidade pessoal e genética. Analisa-se, também, a evolução da proteção jurídica do direito à identidade genética sob o panorama da legislação constitucional e infraconstitucional pátria.

No terceiro capítulo, busca-se traçar um panorama geral sobre o estudo dos fatos, atos e negócios jurídicos, afunilando o tema até chegar aos contratos que envolvem material genético, bem como determinar qual é o instrumento jurídico mais adequado no processo de disponibilização gratuita de gametas.

No quarto e último capítulo, são examinados aspectos do instrumento de disponibilização gratuita de sêmen e/ou ovócitos com ênfase para o dispositivo que garante o anonimato do doador, bem como busca-se chegar a um denominador final no tocante a colisão entre dois direitos fundamentais: o direito à identidade genética *versus* o direito ao anonimato do doador de material genético. Por fim, é feita uma incursão pela legislação comparada, apontando como alguns países europeus (Noruega, França, Suécia, Suíça e Portugal) normatizaram o tema.

No campo metodológico, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, partindo a análise do geral para o particular, chegando a uma conclusão. Do ponto de vista dos objetivos, a pesquisa apresenta caráter exploratório, contando com recursos de levantamento bibliográfico. Do ponto de vista do procedimento técnico, adotou-se a pesquisa bibliográfica elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros nacionais e estrangeiros, artigos de periódicos (físicos e/ou eletrônicos) e teses.

2 BIODIREITO E BIOÉTICA

O presente capítulo visa, inicialmente, tecer breves considerações sobre a difícil tarefa de conceituar a palavra vida. Posteriormente, busca-se demonstrar que a ética encontra-se intimamente ligada ao direito, na medida em que a bioética identifica os princípios éticos básicos que norteiam a vida humana, capazes de revelar ao biodireito quando um valor humano deverá ser normatizado pelo direito positivo.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE VIDA HUMANA

Considerando a magnitude e importância da palavra vida, primeiramente alçamo-nos à Bíblia Sagrada (Gênesis, 1- 2), para lembrar que Deus criou a luz, o firmamento, a terra, o mar, o Sol, a Lua e as estrelas. Vendo que tudo isso, mesmo sendo maravilhoso, não era suficiente, criou então a VIDA, primeiro a vida vegetal (ervas, sementes, árvores e frutos) e depois criou a vida animal (pássaros, baleias, peixes, animais domésticos, répteis e feras). Coroando Seu trabalho, criou então o homem e a mulher, tendo soprado sobre eles um sopro de vida, tornando-os seres viventes.

Iniciando os estudos, Capelo de Souza traz as seguintes indagações:

“Quem é pessoa? Que é ser pessoa? Será a pessoa uma estrutura normatizada da ordenação socioeconômica? Ou será início, centro e sentido criador da sociabilidade projetada? Será a pessoa predominantemente uma substância metafísica dotada de transcendência ou que se transcende a si própria? Ou será antes uma mera individualidade psicofísica ou simples invólucro de um epifenômeno físico? [...] Quem é e o que é ser pessoa, para o Direito? (Souza, 1995, p. 15)”

Etimologicamente o vocábulo de pessoa deriva do latim *per* + *sonare*, que significa ressoar, fazer eco.

Com efeito, *persona* era uma espécie de máscara que os antigos atores gregos e romanos utilizavam durante a representação. A máscara, munida de lâminas de metal, fazia ressoar pelos anfiteatros, com maior intensidade, a voz da pessoa por ela ocultada (PUSSI, 2005, p. 15-16).

Com o tempo, a palavra *persona* passou a designar o próprio papel representado pelo ator; e como cada pessoa representa um ou vários papéis durante a vida, o vocábulo passou a designar o próprio ser humano.

Na antiguidade, a máscara *persona* dava fisionomia ao ator, no cenário da vida real é a máscara jurídica da personalidade que atribui direitos e deveres ao homem, fato que o caracteriza como pessoa (PUSSI, 2005, p. 17).

Na genealogia do conceito de vida, o debate cristão sobre a teologia trinitária ocupa posição central, ao mesmo tempo em que se nutre profundamente da tradição grega.

Para o pensamento cristão, a fim de evitar lidar com concepções superficiais sobre a palavra vida, é preciso, antes de tudo, conhecer a sua natureza metafísica e seu lugar no plano cósmico, bem como consultar a sabedoria antiga, tanto filosófica, quanto teológica. Assim, é possível afirmar que não existe no mundo qualquer corrente científica ou filosófica que tenha dedicado tanto tempo a investigar a pessoa, quanto o pensamento cristão.

Segundo Fernanda Frizzo Bragato, o grande aporte para a compreensão da pessoa foram as disputas teológicas a respeito da natureza da Santíssima Trindade, que influenciaram também a concepção latina de pessoa. De acordo com a autora, a doutrina cristã ensinava que:

“A Santíssima Trindade consistia em três subsistências (do grego *hypostasis*) e uma essência (do grego *ousia*). Deus pai, Deus filho e Deus Espírito Santo são a mesma realidade comum e, ao mesmo tempo, três realidades objetivas ou três seres reais que subsistem de forma individualizada. O diálogo com as categorias gregas, sobretudo aristotélicas para a formação do conceito cristão é, ao mesmo tempo, intenso e resignificado. A partir deste diálogo, a reflexão teológica trinitária, ao menos em seus primórdios, conduziu à descoberta do duplo aspecto que caracteriza a pessoa: relacional e individual. O conceito de pessoa é perpassado por uma tensão fundamental, que se expressa nos conceitos de *hypostasis*, enquanto firmeza fechada em si do singular existente, sem, contudo, abandonar o de *persona* (máscara), que, no mundo grego e romano, significava aparição para o outro, “papel” no conjunto social. De acordo com as concepções cristãs, a pessoa é o indivíduo, porém um indivíduo em relação, “que aparece”, pois a pessoa não pode existir a não ser em comunhão. Esse duplo aspecto aparece exatamente como resultado da compreensão da trindade: três substâncias que subsistem em si mesmas, mas que são a mesma coisa porque estão em relação entre si (BRAGATO, 2010, p. 81-82)”.

A partir daí, pensar o homem enquanto indivíduo e pensá-lo como pessoa foi um tema recorrente na Idade Média, cujas construções teóricas beberam,

principalmente, de três fontes: a Bíblia Sagrada, os escritos de Santo Agostinho e, a partir do século XIII, os pensamentos Aristotélicos.

Na Era Moderna, Immanuel Kant (1724-1804) concluiu que a diferença entre indivíduo e pessoa é que apesar de toda pessoa ser indivíduo, o homem (pessoa) é, sobretudo, liberdade, pois é capaz de se autodeterminar, ou seja, de transcender-se continuamente. Sob esta perspectiva, “o indivíduo humano constitui um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento de algo, e justamente por isto, tem dignidade (ALARCÓN, 2004, p. 51-52)”.

Porém, foi no século VI que a clássica definição de pessoa foi elaborada na linguagem filosófica e magistral de Severino Boécio (480-524), que pregava: “pessoa é toda substância indivisível de natureza racional”, ou seja, no sentido mais comum do termo, pessoa é o homem em suas relações com o mundo ou com ele próprio, o que no plano jurídico significa dizer “pessoa é o ente a que se atribuem direitos e deveres” (PUSSI, 2005, p. 17).

Para Pontes de Miranda (1977, p. 215) “pessoa é quem pode ser sujeito de direito”.

E continua:

“Certamente, o ser sujeito de direito, em concreto, portanto, é diferente de ser pessoa, que é um plano acima, absoluto; mas não se há de levar muito a fundo a diferença, porque a pessoa já nasce com titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direitos. Tal direito ressalta aos nossos olhos quando pensamos em terem existido, e ainda existirem em sistemas jurídicos destoantes da civilização contemporânea, seres humanos sem capacidade de direito [...] a personalidade em si não é direito, é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito (MIRANDA, 1977, p. 215-216)”.

Dessa forma, sujeito de direito ou pessoa é o elemento subjetivo que participa da relação jurídica, que o torna titular de direitos e deveres. Por sua vez, a tal qualidade chama-se personalidade jurídica, que de acordo com a legislação civil pátria, corresponde à aptidão para se tornar sujeito de direitos e obrigações, ou, como afirma Pontes de Miranda, “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações (MIRANDA, 1977, p. 217)”.

Portanto, afirmar que a personalidade jurídica é a aptidão para ter direitos e obrigações e, em consequência, que o ente apto a ser sujeito de direitos é a pessoa, significa dizer que, no terreno jurídico, o Direito, como instituição, se volta

exclusivamente para o homem, e por isso é natural que ele seja o centro da esfera jurídica, individualmente ou em agrupamentos sociais.

Cabe expor que a doutrina não é unânime quanto a definição e demarcação do início da personalidade civil do homem como sujeito de direitos.

A doutrina tradicional tripartiu-se em teoria natalista, teoria concepcionista e teoria da personalidade condicional.

A primeira escola, a natalista, da qual fazem parte Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues¹, Sílvio de Salvo Venosa² e Gagliano e Pamplona Filho³, defende que a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, resguardada para o nascituro uma expectativa de direitos, fundamentando-se no art. 2º do Código Civil brasileiro⁴.

É o que ensina Pontes de Miranda:

“O direito não pode ser sem sujeito; a capacidade de direito começa com o nascimento, portanto o nascituro não pode ter direitos, tal como a pessoa jurídica não constituída ou aquela cuja determinação depende de acontecimento futuro. Expectativas de direitos podem existir, e são elas que se resguardam (MIRANDA, 1977, p. 176)”.

O professor Caio Mário da Silva Pereira também endossa a teoria natalista:

“O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito (PEREIRA, 2001, p. 79)”.

De acordo com esta escola, para que o nosso ordenamento jurídico reconheça a total personalidade civil da pessoa, duas são as condições: que o feto nasça com vida e que se prove que tal fato ocorreu, ainda que o neonato morra segundos após nascer.

¹ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 36.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. I, p. 161.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

⁴ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

É bom frisar que o nascimento com vida se dá com a expulsão ou extração completa do feto do corpo da mãe, independente da duração da gravidez, e que depois da separação, respire ou apresente qualquer outro sinal de vida.

Há muitos métodos médico-legais para se constatar a vida extrauterina. O mais usado, no entanto, é a docimasia hidrostática de Galeno⁵, utilizado para evidenciar se a criança respirou ao nascer, ou seja, se recebeu ar em seus pulmões, uma vez que a ausência de ar caracteriza um natimorto.

Quanto a segunda escola, a concepcionista, em que pese o Código Civil brasileiro não ter adotado a tese do começo da personalidade do ser humano desde a concepção, tem ela o apoio incondicional de renomados juristas como Limongi França, Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁶, Francisco dos Santos Amaral⁷, Roberto Senise Lisboa⁸ e Silmara Juny de Abreu Chinellato⁹.

Em defesa desta tese, Limongi França conclui de forma contundente:

“Filosoficamente, sem que nos seja necessário o apoio de toda uma corrente respeitabilíssima do pensamento humano, o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. A sua imaturidade não é essencialmente diversa das dos recém-nascidos, que nada sabem da vida e que também não são capazes de se conduzir. O embrião está para criança como a criança está para o adulto. Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o Homem, a Pessoa. Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro “por este não ser pessoa”. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (FRANÇA, 1996, p. 50)”.

Falar em direitos do nascituro é reconhecer-lhe qualidade de “pessoa”, porque, juridicamente, todo titular de direito é pessoa.

⁵ “Consiste o processo em mergulhar os pulmões do recém-nascido em um recipiente cheio de água. Se sobrenadam é porque contêm ar, provando que a criança respirou e constituiu-se pessoa, no sentido jurídico do termo. Caso contrário, a ausência de ar mostra a existência de um natimorto, já que não houve vida extrauterina e nenhum efeito jurídico sobreveio. Muitas vezes, porém, pode haver que o pulmão do neonato já venha impregnado de líquido, dificultando, assim, o exame da docimasia hidrostática de Galeno. Nesse caso, os médicos legistas geralmente optam pela docimasia pulmonar histológica, que consiste na apreciação dos diferentes aspectos com que se apresentam os alvéolos pulmonares. O pulmão que respirou apresenta dilatação uniforme nos alvéolos. O pulmão que não respirou apresenta as paredes alveolares coladas. Melhor dizendo, se os alvéolos estão distendidos, houve nascimento com vida, caso contrário, não (SEMIÃO, 1998, p. 158)”.

⁶ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13.

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 223.

⁸ SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 295.

⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

De acordo com este raciocínio, não há como explicar que o nascituro possa ter o direito de filiação (art. 1597 do CC-02)¹⁰, direito à curatela (art. 1779 do CC-02)¹¹, direito de receber doação (art. 542 do CC-02)¹², direito de suceder por testamento (arts. 1799, I e 1800 do CC-02)¹³, dentre outros, sem que seja considerado pessoa.

A terceira e última corrente, denominada teoria da personalidade condicional, reconhece a personalidade desde a concepção, subordinada à condição do nascimento com vida (PUSSI, 2005, p. 94).

Esta teoria foi adotada pelo jurista Clóvis Beviláqua, no art. 3º do seu Projeto de Código Civil¹⁴, que dispunha: “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.

Entusiasta deste posicionamento, Miguel Maria de Serpa Lopes leciona de forma incisiva:

“De fato, a aquisição de tais direitos fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência; se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas ao contrário, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um aborto ou por ter o feto nascido morto, não há uma transmissão de direitos, como deveria suceder, se ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos (LOPES, 1953, p. 288)”.

¹⁰ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

¹¹ Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

¹² Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

¹³ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixo, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

¹⁴ In Projeto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos deputados. Projetos primitivos e revistos. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

De acordo com esta teoria, durante a gestação o nascituro goza da proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais, subordinados a uma condição suspensiva. Ao nascer com vida, implementa-se a condição e os direitos adquiridos desde a concepção passam a integrar definitivamente seu patrimônio.

A grande crítica a esta corrente doutrinária é que ela não responde ao apelo de que o nascituro tem direito a personalidade, independente da imposição de condição, o que nos leva a considerar que a teoria da personalidade condicional é essencialmente natalista. Entre aqueles que formulam alguma crítica, Flávio Tartuce adverte “que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente”. E continua: “essa linha de entendimento também acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos (TARTUCE, 2007, p. 155)”.

Por fim, vale lembrar que na época em que a doutrina tripartiu-se, os dogmas dos direitos da personalidade ainda não estavam muito bem delineados. Hoje é fácil perceber uma tendência nos autores mais modernos em aceitar a teoria da concepção como a mais adequada, dada a evolução da medicina genética e o avanço dos estudos a respeito dos direitos fundamentais que envolvem, necessariamente, o nascituro.

2.2 A ORIGEM DAS PREOCUPAÇÕES COM O BIODIREITO

A norma jurídica é resultante da realidade social. Ela emana da sociedade e dos seus valores em cada momento histórico. Por isso, “o estudo histórico das sociedades sempre foi necessário, pois demonstra a existência de estruturas jurídicas bastante diversas no tempo e no espaço (SEMIÃO, 1998, p. 165)”.

A socialização do homem se dá através de discursos sociais, sendo os principais protagonistas da vida moderna o discurso médico e o discurso jurídico. Isto porque, dificilmente uma pessoa que passa por esta vida, não será medicalizada e juridicizada. O discurso ético surge para trazer equilíbrio ao processo de socialização do homem (NERY, 2013).

Na antiguidade, questionar um médico quanto a sua atuação era quase uma blasfêmia, em razão da crença de que sua atividade era divina. De acordo com os historiadores, os primeiros médicos foram os sacerdotes que, desde o século VIII a.C., “inspirados” pelos deuses, praticavam a arte de curar. Os sacerdotes-médicos, além de promover a cura, eram os responsáveis por decidir e doutrinar em matéria de ética, de convivência humana ou, noutros termos, de ética social. O juramento de Hipócrates¹⁵ (430 a.C.) revolucionou esse panorama ao regular, pela primeira vez, a conduta médica pela ética, marcando, a partir daí, o princípio do fim da medicina sacerdotal (NERY, 2013).

Após a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), a humanidade ficou perplexa com as pesquisas científicas e médicas realizadas em seres humanos vivos nos campos de concentração nazista. A revelação de tais experimentos teve como “consequência o surgimento da necessidade de duas ordens jurídicas até então não explicitadas pelo ser humano: a proteção da pessoa em um contexto coletivo e a preocupação da pessoa enquanto individualidade físico-genético-psíquica (FERNANDES, 2004, p. 26)”, que se consolidaram com o Código de Nuremberg (1947), posteriormente atualizado e integrado à Declaração de Helsinke (Finlândia, 1964). Com o Código de Nuremberg, surgiu o conceito de dignidade da pessoa humana como bem jurídico, que ganhou força e foi elevada a condição de princípio da dignidade da pessoa humana com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (NERY, 2013).

¹⁵ Versão adotada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná (CRM-PR):

"Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça".

Importante frisar que os direitos não nascem todos de uma vez, mas de modo lento e gradual. Consolidam-se com o tempo diante de novas necessidades que vão surgindo num processo de permanente evolução.

Com o gradual avanço científico, mais precisamente a evolução e a utilização da tecnologia no campo da medicina e da biologia molecular, deu-se origem ao biodireito enquanto um novo ramo das ciências jurídicas¹⁶, responsável pelos direitos de quarta geração¹⁷. Hoje, é quase que consenso universal a opinião de que o Estado deve regulamentar e fiscalizar as pesquisas, os técnicos e os cientistas da área da biomedicina que investigam e aplicam técnicas potencialmente agressivas ao ser humano¹⁸.

Buscando um conceito apropriado, Tycho Brahe Fernandes (2000, p. 40-41) define biodireito como “um instrumento que permite tratar as consequências sociais dos avanços tecnológicos”.

Para Sergio Abdalla Semião (1998, p. 168), “o biodireito é um novo seguimento do conhecimento jurídico que tem a vida por objeto principal”.

Para concluir, o biodireito é uma ciência complexa, pois requer se faça uso constante da interdisciplinaridade com os mais diversos ramos do direito. Para ilustrar esta união de disciplinas, o biodireito confronta-se com o direito civil, para redefinir o estado de filiação nas relações de parentesco estremecidas pelo avanço das técnicas de inseminação artificial; confronta-se com o direito constitucional, para redefinir a melhor forma de resguardo da vida humana diante dos potenciais atentados à sua integridade físico-genético-psíquica; e assim por diante. Enfim, o biodireito é um aprofundamento do próprio direito acerca das questões postas em evidencia pelo progresso biotecnológico tendo a bioética como fonte propulsora e imediata.

¹⁶ Faz-se necessária uma medicalização da lei, pois não há como desvincular as ciências da vida do Direito (DINIZ, 2008, p. 08).

¹⁷ Os efeitos da biotecnologia correspondem aos direitos de quarta geração (BOBBIO, 1992, p. 06).

¹⁸ “Não se poderia admitir que o Estado, representado pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, ficasse inerte diante: do poder da ciência sobre o genótipo do cidadão; do mercado genético; do desrespeito à dignidade humana; do abuso das experiências científicas com seres humanos; do mau uso de seres humanos pela biotecnologia; da possibilidade de um manejo incorreto do Projeto Genoma Humano; dos danos advindos da alta tecnologia na terapêutica; da possibilidade de patenteamento do ser humano e das discriminações causadas pela diagnose genética e pela AIDS na área securitária e trabalhista (DINIZ, 2008, p. 08)”.

2.3 O BIODIREITO COMO CONSEQUÊNCIA IMEDIATA DA BIOÉTICA

A bioética teve sua origem com a descoberta do DNA¹⁹ por Crik e Watson em 1953, porém o termo “bioética” surgiu nos Estados Unidos apenas em 1970, sendo utilizado pela primeira vez pelo médico oncologista e biólogo americano Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin - Madison, na obra *Bioethics: bridge to the future*²⁰, publicada em janeiro de 1971.

De acordo com esta obra, Potter (*apud* PESSINI, 2007, p. 18) define a Bioética como sendo a “ciência da sobrevivência humana”, e acrescenta:

“Esta nova ciência, a bioética, combina o trabalho dos humanistas e cientistas, cujos objetivos são sabedoria e conhecimento. A sabedoria é definida como a habilidade de como usar o conhecimento para o bem social. A busca de sabedoria tem uma nova orientação porque a sobrevivência do ser humano esta em jogo. Os valores éticos devem ser testados em termos de futuro e não podem ser divorciados dos fatos biológicos. Ações que diminuem as chances de sobrevivência humana são imorais e devem ser julgadas em termos do conhecimento disponível e no monitoramento de parâmetros de sobrevivência que são escolhidos pelos cientistas e humanistas”.

O termo “bioética” deriva do grego *bios* + *ethos*, onde *bios* representa o conhecimento biológico e *ethos* seria o conhecimento dos valores humanos. Assim, o oncologista pensava a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética, condicionando a sobrevivência de grande parte da espécie humana a uma civilização decente e sustentável (PESSINI, 2007, p. 20).

Importante destacar que Potter defendia a criação de uma bioética abrangente, buscando uma verdadeira interação entre o ser humano e o meio ambiente, antecipando-se ao que hoje se tornou uma preocupação mundial – a ecologia:

“Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante. Todas elas envolvem a bioética [...]. Esta nova ética pode ser chamada de ética interdisciplinar, definindo interdisciplinaridade de uma

¹⁹ O ácido desoxirribonucleico (DNA) - em inglês: deoxyribonucleic acid - é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e alguns vírus, e que transmitem as características hereditárias de cada ser vivo (Dicionário eletrônico de ciências e biologia. Disponível em: <<http://www.sobiologia.com.br/glossario.php>> Acesso em: 12/04/2015).

²⁰ Tradução livre – Bioética: ponte para o futuro.

maneira especial para incluir tanto a ciência como as humanidades (POTTER *apud* ROBERTI, 2007, p.61)".

Para Maura Roberti, parafraseando Potter, a bioética engloba aspectos fisiológicos, evolutivos e culturais, sendo necessário criar grupos interdisciplinares de pesquisa capazes de individuar os componentes da nossa cultura que ameaçam a convivência e destroem o meio ambiente. Trata-se de colocar os conhecimentos a serviço da sobrevivência e da melhoria do gênero humano, de chegar a uma convergência entre bioética ecológica e domínio econômico, visando criar para a sociedade novos estilos de vida que façam ponte com o futuro (ROBERTI, 2007, p. 62).

Mesmo que o legado de Potter se restrinja praticamente à criação do neologismo "bioética", sua luta por uma abrangência mais globalizante foi importante e teve a sua repercussão no sentido de não reduzir a bioética ao enfoque médico.

A definição de bioética que se tornou clássica e se impôs mundialmente foi proposta pela renomada Enciclopédia de Bioética do Instituto Kennedy que definiu, em 1978, a bioética como "o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais". Na segunda edição, em 1995, passou a considerá-la como "o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar", adaptando-se ao atual pluralismo ético na área da bioética.

Para Maria Helena Diniz a bioética seria, em sentido amplo:

"Uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência do âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, [...] como também dos problemas decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas (DINIZ, 2008, p. 10)".

Neste mesmo sentido, Maura Roberti define bioética como "o estudo dos problemas éticos suscitados pelas pesquisas biológicas e pelas suas aplicações por pesquisadores, médicos, etc.", e destaca que sua finalidade é "questionar valores para fornecer ao direito orientações, revelando-lhe quando um valor humano deverá ser normatizado pelo direito positivo (ROBERTI, 2007, p.62)".

Assim, percebe-se claramente que existe uma interdependência necessária entre ética e direito. Os dois são âmbitos do conhecimento sobre o agir humano, com enfoque e metodologia divergentes, porém o objeto é o mesmo. Enquanto “um vê a ação humana referida à intencionalidade da consciência moral, o outro toma em consideração os resultados externos de uma ação avaliados por um ordenamento legal (JUNGES, 1999, p. 123)”.

Deste modo, ética e direito exigem-se mutuamente, ou seja, a ordem jurídica remete-se à ordem moral para fundamentar a validade e a vigência das normas e dos processos jurídicos e justificar os valores que sustentam a ordem constitucional. É o que ensina o jurista José Roque Junges:

“Ordenações jurídicas que não têm base ética não conseguem impor-se. A ordem moral remete à ordem jurídica para ter força jurídica e eficácia prática no sentido de possibilitar a convivência social e educar para as exigências éticas de uma ordem democrática. princípios éticos que não recebem uma configuração jurídica são inócuos na incidência sobre a realidade (JUNGES, 1999, p. 123)”.

Ao decifrar o código genético humano, os doutrinadores e juristas passaram a tematizar a bioética como um novo paradigma para a obtenção de instrumentos eficientes a fim de solucionar os problemas que a sociedade biotecnológica cria diariamente.

Por tratar de temas como a saúde, a vida e a morte, a bioética tem sido considerada o mais novo ramo da filosofia transdisciplinar, constituindo-se em uma fonte de parâmetro e referência, tanto para o cientista, como para o cidadão comum.

Deste modo, a análise da bioética, sob o enfoque da filosofia, é indispensável para que se possa traçar seus postulados mínimos, a fim de possibilitar “o estabelecimentos dos parâmetros racionais, éticos e universais do biodireito que, como um novo ramo das ciências jurídicas, irá interferir nas relações oriundas das novas técnicas de biotecnologia (ROBERTI, 2007, p. 63)”.

Esta afirmativa é feita na medida em que a bioética trata de desafios nos quais está implicada a vida humana, já que o homem tem criado tecnologia capaz, não só de matar ou lesionar outro indivíduo, mas de alterá-lo em sua qualidade de ser único e irrepetível, de variar seu patrimônio genético e modificar sua essência. Daí a prioridade de se enfatizar os princípios fundamentais da bioética, capazes de

conduzir a uma prática normativa objetivada no bem-estar e não na ameaça ao ser humano.

2.4 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA BIOÉTICA

No ano de 1974, o Congresso Norte Americano criou a *National Commission for Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*²¹ com o objetivo de realizar um estudo completo que identificasse os princípios éticos básicos que deveriam nortear as experimentações em seres humanos.

Os pesquisadores que compunham esta comissão demoraram quatro anos para a publicação do que ficou conhecido como o Relatório Belmont. A grande novidade do relatório são quatro princípios que depois se tornaram clássicos dentro da Bioética, bem como os procedimentos práticos deles derivados para a solução de conflitos éticos. Os três princípios foram identificados como: a) beneficência; b) justiça; c) autonomia (JUNGES, 1999, p. 39).

Segundo o relatório, estes três princípios traduzem-se na racionalização abstrata de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais (DINIZ, 2008, p. 14).

O primeiro princípio a ser considerado é o da beneficência²², que deriva do latim “*bonum facere*” – fazer o bem (ao paciente). Este princípio corresponde ao critério mais antigo da ética médica e tem raízes no juramento hipocrático, considerado a primeira formulação de um sistema normativo no qual se reconhecia a relação necessária entre a prática da medicina e a consequente busca da cura das doenças, com o devido respeito aos valores da pessoa humana (JUNGES, 1999, p. 45-46).

Constata-se aqui que a substância ética de qualquer atividade da área de saúde está estreitamente ligada à determinação do bem-estar do enfermo. É o fim primário de toda a profissão que está a serviço da vida e da saúde do ser humano.

²¹ Tradução livre: Comissão Nacional para Proteção de Seres Humanos nas Pesquisas Biomédicas e Comportamentais.

²² José Roberto Goldim menciona a existência da beneficência positiva e negativa. A positiva consiste no agir em benefício do outro; a negativa, também denominada de princípio da não-maleficência, define que o profissional da saúde tem o dever de, intencionalmente, não causar mal e/ou danos ao seu paciente. O professor propõe que quando houver conflito entre a beneficência e a não-maleficência deve prevalecer a não-maleficência (GOLDIM, José Roberto. Princípio da Beneficência. Texto atualizado em 14/03/1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/benefic.htm>> Acesso em: 30/06/2015).

Para Maria Helena Diniz, o princípio da beneficência “requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos (DINIZ, 2008, p. 15)”.

O segundo princípio a ser utilizado como ferramenta para o enfrentamento de questões éticas é o princípio da justiça, também denominado princípio da equidade. Este princípio traz como norte a imparcialidade que deve haver quando da distribuição dos recursos alcançados com as pesquisas científicas em seres humanos.

Dos três princípios elencados no Relatório Belmont, o princípio da justiça é aquele que busca avançar de uma democracia jurídico-formal para uma democracia real, pois “os benefícios do desenvolvimento científico e tecnológico têm por escopo a própria espécie humana e, portanto, o acesso aos benefícios alcançados, não podendo haver limitação pelo fator econômico ou qualquer outro método elitista gerador de desigualdade social (ROBERTI, 2007, p. 67)”.

Assim, o princípio da justiça como vetor da bioética, está intimamente ligado ao princípio da igualdade, vez que garante o acesso compartilhado dos povos aos recursos proporcionados pelo avanço da biotecnologia.

O terceiro e último princípio a ser considerado é o princípio da autonomia, também denominado no Relatório Belmont como princípio do respeito às pessoas. Este princípio prescreve ao profissional da saúde o respeito pela vontade do paciente, ou de seu representante, levando em consideração seus valores morais e crenças religiosas.

Sobre este princípio esclarece Maria Helena Diniz (2008, p. 14):

“O princípio da autonomia reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. [...] Autonomia, portanto, seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa”.

No Brasil, o princípio da autonomia tem a sua expressão no chamado “consentimento informado”, onde a comunicação entre o profissional da saúde e o

enfermo busca suprir a falta de informação e compreensão técnica, bem como prevenir a ignorância que leve o paciente a uma escolha constrangida.

Por fim, vale a pena enfatizar a importância de se observarem os princípios fundamentais da bioética na medida em que a legislação brasileira, no tocante ao biodireito, é lacunosa e insuficiente.

3 NOÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES E PANORAMA LEGISLATIVO PÁTRIO

No segundo capítulo, busca-se apresentar algumas noções conceituais acerca do que é inseminação artificial, genoma humano, identidade pessoal e genética, além de analisar a evolução da proteção conferida ao direito à identidade genética no âmbito da legislação constitucional e infraconstitucional pátria.

3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, GENOMA HUMANO, IDENTIDADE PESSOAL E IDENTIDADE GENÉTICA – NOÇÕES CONCEITUAIS

Devido ao avanço exponencial da tecnologia, o direito vem apresentando dificuldades em acompanhar a realidade da vida pós-moderna na mesma velocidade, principalmente no tocante a biogenética e conseqüente fertilização artificial humana.

Desde os tempos mais remotos, o homem sempre imputou grande importância à questão da infertilidade. Muitos povos, desde a Antiguidade, valorizavam e enalteciam as mulheres que eram capazes de reproduzir, enquanto as inférteis eram excluídas e a infertilidade era vista como um castigo.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (2006, p. 27-42) sintetizou em sua obra o panorama histórico do estudo da embriologia, desde os gregos até a consagração do Projeto Genoma Humano, e é com base nas reflexões desta autora que se passa a contextualizar o estudo da biogenética.

Os gregos foram os primeiros a dar importantes contribuições para a ciência da embriologia. Os primeiros registros desses estudos encontram-se nos livros de Hipócrates, considerado o Pai da Medicina.

No século IV a.C., Aristóteles elaborou um tratado de embriologia onde defendeu que só a semente masculina continha o princípio da vida.

Galeno, no século II, num livro sobre a formação do feto, descreveu o desenvolvimento dos embriões.

O cientista alemão Ludwig Jacobi, no século XVIII, especificamente no ano de 1767, realizou experiências genéticas com peixes. Alguns anos mais tarde, o professor italiano Lazzaro Spallanzani sujeitou cães a este gênero de experiência dando origem ao nascimento de três crias de uma cadela de raça Barbetto.

No início do século XIX, o processo foi aplicado a éguas, vacas e ovelhas, e no final daquele século o patologista de origem russa, Elie Ivanoff, estendeu com sucesso o seu uso a outros animais, utilizando técnicas que ainda hoje são observadas.

O primeiro ensaio num ser humano verificou-se em 1785 quando Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou a sua mulher estéril com uma injeção intravaginal do seu esperma.

Durante a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945) propagaram-se nos Estados Unidos os bancos de sêmen, com a finalidade de fornecer material de homens previamente selecionados (inclusive soldados em guerra) para inseminação das melhores mulheres na perspectiva de se obter o nascimento de crianças que constituiriam a elite do futuro naquele país. Registram-se 20.000 (vinte mil) nascimentos fruto da aplicação daquela técnica. Todos os filhos foram considerados legítimos por decisão sem precedentes tomada pelo juiz Henry Greenberg, do Supremo Tribunal de Nova Iorque.

Desde então, se iniciou uma corrida para decifrar o genoma humano²³, cujos conhecimentos gerados consagraram-se no chamado Projeto Genoma Humano (PGH).

A ideia da realização do PGH surgiu durante uma reunião organizada pelo Departamento de Energia (DOE) dos Estados Unidos, em dezembro de 1984, para discutir se o sequenciamento do DNA seria útil na detecção de mutações em indivíduos sobreviventes à bomba atômica.

Em 1986, um grupo de especialistas internacionais debateu amplamente o plano e os maiores nomes da genética (Watson, Gilbert e Paul Berg) concordaram com a imediata realização do projeto.

Na época, as principais críticas ao Projeto foram em relação à viabilidade e à necessidade de realização de um empreendimento de dimensões tão grandes, fato incomum nas ciências biológicas. Isto levou vários cientistas a buscar apoio junto aos Institutos Nacionais de Saúde (NIH), entidades públicas ligadas ao conselho federal.

²³ “Em sentido amplo, por genoma entende-se todo o DNA contido no jogo de cromossomos haploide expressado em forma de sequência de bases nitrogenada, independentemente de que corresponda ou não aos genes que codifiquem para moléculas funcionais. Por sua vez, em sentido estrito, genoma se entende como o conjunto de genes que especificam todas as características potencialmente expressáveis de um organismo, seja externa (exofenótipo) seja internamente (endofenótipo) - (LACADENA apud HAMMERSCHMIDT, 2007, p. 31)”.

Em 1988, a administração *Reagan* destinou verbas, através do NIH, para a investigação do projeto genoma, tendo indicado Watson como o cientista diretor da secretaria de investigação do projeto. Todavia, Watson só aceitou a nomeação com a condição de que 3% do orçamento fossem destinados para questões éticas.

Em 1990, os financiadores do PGH apresentaram um plano de pesquisa ao congresso norte-americano contendo oito objetivos para os primeiros cinco anos: “mapear os cromossomos humanos; melhorar a tecnologia de sequenciamento de DNA; mapear e começar a sequenciar organismos modelos selecionados; coletar, gerenciar e distribuir informação; estudar os aspectos éticos, legais e sociais e desenvolver opções de conduta; treinar pesquisadores; desenvolver e melhorar a tecnologia; e facilitar a transferência de tecnologia (PORCIONATTO, 2007)”.

Em maio de 1998, J. Craig Venter anunciou que a empresa privada *Celera Genomics* sequenciaria todo o genoma até 2001, portanto quatro anos antes do Projeto Genoma que recebia financiamento público através do NIH.

Neste intervalo de tempo, Watson pediu desligamento da direção do projeto por discordar da postura do NIH que solicitou o patenteamento de três mil genes humanos. Com a saída de Watson, assumiu Francis Collins, mudando, assim, a filosofia do projeto, uma vez que o novo cientista buscava priorizar pesquisas de genes envolvendo doenças, o que até então era o filão com maior retorno comercial.

Em 26 de junho de 2000, os diretores dos dois grupos rivais, F. Collins e J. Craig Venter, declararam uma vitória conjunta – e anunciaram uma trégua implícita – em suas corridas para decifrar o livro da vida.

Independente da guerra de egos, os resultados obtidos pelo PGH abriram portas para uma nova medicina – a Medicina Genômica – capaz de gerar grandes benefícios para toda a humanidade.

Graças a toda esta evolução, atualmente um casal pode gerar filhos de maneira artificial, pelo fato de a concepção natural não lhes ser possível, não devendo a legislação fazer qualquer diferenciação entre os filhos concebidos de maneira diversa da natural.

Segundo Andréia Aldrovandi e Danielle G. de França “a reprodução humana assistida consiste, basicamente, na intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade (ALDROVANDI e FRANÇA, 2002, p. 35)”.

Para Maria Helena Diniz, “ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc (DINIZ, 2008, p. 524 - 525)”.

Quanto ao local da fecundação, a procriação assistida será intracorpórea (*in vivo*), quando houver inoculação do sêmen na cavidade uterina da mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião; e será extracorpórea (*in vitro*), quando o óvulo da mulher e o sêmen do homem forem fecundados na proveta, para depois introduzir o embrião no útero (SILVA, 2002, p. 54).

Dependendo da origem do material genético, a inseminação artificial será homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando a fecundação se der entre óvulo e espermatozoide originados dos futuros pais da criança, pressupondo-se a existência de vínculo jurídico de natureza familiar (casamento ou união estável) entre o homem e a mulher em cujo organismo será depositado o sêmen do marido. Será heteróloga, quando os espermatozoides ou os óvulos, ou ambos utilizados na fecundação, forem provenientes de doadores, alheios à relação matrimonial, que não serão os futuros pais da criança gerada²⁴ (SILVA, 2002, p. 56).

É o que ensina o jurista argentino Eduardo A. Zannoni:

“La ciencia pone al alcance de los matrimonios infecundados, en la actualidad, el recurso de la inseminación artificial. Esta constituye una técnica – un método, si se prefiere – que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. (...) No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido. Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido, la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además, aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga, con semen del marido) los componentes genéticos – óvulo y espermatozoide fértil – existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial sólo – permítasenos la expresión – facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la

²⁴ No que tange às relações parentais, estas não possuem maiores complicações uma vez que a presunção de paternidade, no caso de fecundação artificial homóloga e/ou heteróloga, está previamente estabelecida no Código Civil de 2002, no seu artigo 1.597, incisos III e V:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

fecundación – espermatozoides fértiles – esta ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce desde fuera (ZANONI, 1978, p. 41-42)”

Assim, expostas as noções básicas sobre os conceitos técnicos que envolvem a reprodução artificial humana, necessário se faz refletir sobre esta técnica conceitual, apontando as consequências jurídicas que tal situação poderá criar, especialmente no tocante ao reconhecimento do direito à identidade genética como um bem jurídico²⁵ fundamental.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, elaborada pela UNESCO em sua 29ª sessão no ano de 1997, declara, logo no seu art. 1º, que o “genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, constitui o patrimônio da Humanidade”. Ou seja, ao genoma humano é reconhecida uma dimensão geral, característica de todos aqueles que pertencem à espécie humana, e uma dimensão individual, na medida em que difere de todo o ser humano que recebe dos seus progenitores, no momento da concepção, o chamado patrimônio genético.

Mas o que é patrimônio genético^{26 27}?

Não é fácil desenvolver uma definição abrangente de patrimônio genético, considerada a sua complexidade intrínseca. Na literatura jurídica Stela M. de A. Neves Barbas é quem chega mais próximo de um conceito:

“Talvez se possa adiantar, patrimônio genético no sentido de universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo

²⁵ “Se se observar o tratamento doutrinário sobre bens jurídicos, encontrar-se-ão autores que adotam um conceito amplo de bens e outros que fazem o conceito de bem jurídico coincidir com o de bem econômico. De uma visão geral de nosso ordenamento jurídico atual, percebe-se que a ideia de bem jurídico ultrapassa a definição de bem econômico e tende a se ampliar cada vez mais, principalmente diante da codificação dos direitos da personalidade (BORGES, 2007, p 40)”.

²⁶ É bom frisar que o vocábulo patrimônio não é utilizado aqui no sentido econômico, como algo que se pode comprar, vender ou trocar. Estamos diante um “patrimônio não patrimonial”.

²⁷ Para Pietro Alarcón, os temas gerais que integram a proteção constitucional do patrimônio genético são:

- a) a proteção da reprodução humana tendo em vista os avanços genéticos;
- b) o acesso dos seres humanos ao aproveitamento benéfico, em condições de igualdade, dos progressos da engenharia genética e a aplicação das terapias genéticas às doenças genéticas;
- c) o novo enfoque constitucional do direito à saúde, em atenção aos progressos das terapias e a impossibilidade da manipulação genética pelo ser humano e no ser humano;
- d) a compatibilização da liberdade de criação e produção científica e o princípio da dignidade da pessoa humana; e
- e) o direito individual de ninguém dispor do patrimônio genético de outrem e a inconstitucionalidade das patentes sobre seres vivos (ALARCÓN, 2004, p. 223).

das gerações, e que, em conjugação com fatores ambientais e num permanente processo de interação, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir (BARBAS, 1998, p. 17)”.

Ao abordar este tema, o jurista português Paulo Otero parte do pressuposto de que o ser humano apresenta uma identidade pessoal que se subdivide em duas dimensões:

“a) A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepitível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais.

b) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou dimensional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores, podendo falar-se num direito a historicidade pessoal (OTERO, 1999, p. 64)”.

Tal como se acabou de observar, o direito à identidade pessoal envolve uma dimensão absoluta ou individual tornando cada pessoa humana um ser “único, original, sem cópia, irrepitível e insubstituível²⁸ (OTERO, 1999, p. 65)”.

Neste sentido, a identidade pessoal traduz o direito natural à diferença de cada ser humano que, sendo igual a todos em direitos e deveres, é, todavia, na sua complexa humanidade, diferente de todos os demais seres humanos.

Otero assevera que é “nesta biodiversidade que se enriquece a própria humanidade, não obstante a natureza humana ser sempre a mesma, a verdade é que ela se realiza de forma exclusiva em cada ser humano, integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo caráter único e diverso dos seus elementos genéticos (OTERO, 1999, p. 66)”.

Como antes se referiu, a identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou dimensional que importa uma ideia de relação, ou seja, cada ser humano, além de uma singularidade própria e exclusiva, tem a sua identidade definida, paralelamente, pela história ou memória em que se encontra inserida a sua existência no confronto com outras pessoas.

²⁸ “Da infungibilidade, indivisibilidade e irrepitibilidade da pessoa humana resulta a total e absoluta proibição de clonagem humana, enquanto processo mediante o qual se consegue a criação de seres humanos rigorosamente iguais, verdadeiro mecanismo de produção em fotocópia de um mesmo ser (OTERO, 1999, p. 67)”.

Do direito a historicidade pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem, surge o direito à identidade genética.

O direito à identidade genética ou direito de acesso à origem genética é um direito que alcança o filho gerado por meio da inseminação artificial heteróloga, visando garantir ao fruto desta técnica a possibilidade de conhecer a sua historicidade genética. Selma Rodrigues Petterle afirma que o termo identidade genética:

“[...] está focalizado no indivíduo; na identidade genética do indivíduo como base biológica de sua identidade pessoal. Nesse sentido, a identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, individualmente considerado. Sob este prisma, significa dizer que identidade genética é sinônimo de individualidade genética, permanecendo resguardadas, portanto, as diferenças de cada um (PETTERLE, 2007, p. 26)”.

De acordo com o acima transcrito, verifica-se que há distinção entre identidade pessoal e identidade genética, pois a primeira não se resume a esta última. Identidade pessoal é noção mais abrangente, possuindo dois componentes, um referencial biológico, representado pelo código genético do indivíduo, e um referencial social, cuja construção se dá ao longo da vida, nas relações com os outros. Dessa forma, pode-se dizer que a identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal (PETTERLE, 2007. p. 25-26).

Por fim, após tecer toda esta abordagem preliminar, reforça-se a ideia de que a origem genética é um direito impregnado no sangue da espécie *homo sapiens*, que vincula todas as gerações ancestrais, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem averigüe a sua procedência.

3.2 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e elenca, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Segundo a professora Rita de C. R. Tarifa Espolador, por tratar de conceito vago e impreciso, grande é a divergência doutrinária sobre a definição da dignidade da pessoa humana, todavia, é possível afirmar que todos, não apenas os

estudiosos, adotam uma interpretação livre sobre o que seja essa dignidade. Para a autora “a dignidade é algo real, vivenciada concretamente pelo ser humano, não havendo dificuldades em identificar as situações em que é agredida (TARIFA ESPOLADOR, 2010, p. 123)”.

Para Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. E acrescenta:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (MORAES, 2011, p. 24),”.

De acordo com Maria Garcia, a dignidade da pessoa humana figura “entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, [...] e representa o crivo pelo qual serão interpretados não somente os direitos fundamentais mas, ao nosso ver, todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas suas variadas incidências e considerações (GARCIA, 2004, p. 207)”.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana abarca um conjunto de elementos, como a integridade física, psíquica, moral e espiritual do ser humano, que estão ligados, automaticamente, ao direito à vida, ou melhor, ao direito de todos terem uma vida digna, de modo que apenas “excepcionalmente possam ser feitas limitações a este princípio, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2011, p. 24)”.

A partir de 1978, com o nascimento do primeiro “bebê de proveta”, tornou-se latente a necessidade de se tutelar um “novo” bem jurídico fundamental: a identidade genética. Em que pese o direito à identidade genética não esteja expressamente escrito no texto constitucional, vem sendo amplamente classificado na doutrina como um direito fundamental inerente à pessoa humana. Isso se justifica na medida em que o rol de direitos fundamentais estampados no art. 5º não é exaustivo, restando aberta a possibilidade de identificar outros direitos e garantias fundamentais que não os positivados. É o que estabelece o § 2º do art. 5º, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesta linha de raciocínio, corrobora Selma Rodrigues Petterle (2007, p. 89):

“Ainda que o direito fundamental à identidade genética não esteja 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 da tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade humana”.

Anteriormente, viu-se que os direitos à personalidade são resguardados desde o momento da concepção do embrião, pois nesse instante o mundo jurídico já lhe garante proteção mesmo não tendo este adquirido ainda o *status* de pessoa, o que só ocorrerá quando do seu nascimento com vida. Assim, importante vislumbrar um conceito referente aos direitos da personalidade:

“Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da codificação de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais estão contidos nos direitos da personalidade (BORGES, 2007, p. 21)”.

Sobre esta temática, Flávio Tartuce afirma que “os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística”. Adiante, o autor conceitua os direitos da personalidade, com a didática que lhe é peculiar, como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais (TARTUCE, 2014, p. 142-144)”.

Portanto, pode-se dizer que os direitos da personalidade garantem a promoção da pessoa na defesa de sua essencialidade e dignidade. Por serem direitos ínsitos à pessoa, apresentam certas características peculiares – são absolutos, gerais, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis²⁹, irrenunciáveis,

²⁹ A doutrina brasileira, quase de forma unânime, aponta, como uma das características dos direitos da personalidade, a indisponibilidade ou a intransmissibilidade, todavia, uma corrente que pode ser chamada de liberal, da qual faz parte Roxana Borges, aponta que os direitos da personalidade podem

imprescritíveis, inexpropriáveis e ilimitados (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 144).

Para Maria Helena Diniz, “o direito à identidade genética (direito da personalidade da pessoa advinda de inseminação artificial heteróloga) é o de saber a história da saúde dos seus parentes consanguíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto, logo não gera o direito a filiação, nem o direito alimentar e tampouco o sucessório (DINIZ, 2008, p. 533)”.

Aliás, importante frisar que o direito à identidade genética não pode ser confundido com estado de filiação, uma vez que este resulta da construção de laços afetivos entre pais e filhos, ao passo que a identidade biológica se refere aos direitos da personalidade, tendo como propósito conhecer a ancestralidade genética do indivíduo.

“Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem biológica é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem biológica (LÔBO, 2004)”.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), no que tange ao direito de conhecer as origens genéticas, julgou, em 02 de junho de 2011, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Recurso Extraordinário 363.889/DF³⁰ que garantiu ao filho

ser exercidos também na esfera da autonomia privada da pessoa, gerando uma relatividade quanto ao fato de tais direitos serem indisponíveis. Esta teoria será abordada mais amplamente no quarto e último capítulo.

³⁰ **EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.** 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não

gerado o direito de conhecer a ancestralidade genética, como natural emanção dos direitos da personalidade. Destacam-se os seguintes fragmentos do acórdão:

“Sob 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. A inserção de cada pessoa no mundo, para que possa realizar todas as suas potencialidades, é feita em função de sua história, projetando a autoimagem e a identidade pessoal a partir de seus dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores. É com o conhecimento do estado de filiação que se firmam as premissas da atribuição à pessoa humana de reconhecimento e de distinção no cenário social, permitindo sua autodeterminação no convívio com os iguais.

[...]

O projeto de vida individual, o plano pessoal de felicidade que todo membro da coletividade tem o direito de formular e a prerrogativa de almejar realizar, portanto, torna-se dependente da investigação da origem de cada um: ser reconhecido filho de seus genitores e ter ciência da própria origem biológica são prerrogativas ínsitas à necessidade do ser humano de conhecer a si mesmo e de ser identificado na sociedade. É assim que o status de filho, mais do que fonte de direitos patrimoniais, ostenta um inquestionável viés existencial, como um substrato fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, na visão tradicional do direito civil, que vigorou até o progresso científico alcançado no último quarto do século passado, a posição particular da pessoa natural no seio social era definida predominantemente por seu nome. Era através desse sinal distintivo da personalidade, que a integra e a individualiza, que se alcançava a unidade fundamental, celular, da vida jurídica, que consiste na pessoa humana. A construção da identidade pessoal, no entanto, sofreu forte influxo pelo desenvolvimento das pesquisas em torno do genoma humano, e que hoje figura como a última fronteira para a individualização da identidade pessoal.

É sob esse ângulo que se pode apontar, hoje, a construção de um direito fundamental à identidade genética, por força do qual se torna factível esclarecer, como antes não era possível, a origem e a historicidade pessoal de cada membro componente da sociedade, principalmente através do exame de DNA. **A identidade, nesse novo contexto, passa a ser concebida como o complexo de elementos que individualizam cada ser humano, distinguindo-o dos demais na coletividade, conferindo-lhe autonomia para que possa se desenvolver e se firmar como pessoa em sua dignidade, sendo, portanto e nessa medida, expressão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (grifou-se).**

Apesar do acórdão acima tratar de ação de investigação de paternidade e não de ação de declaração da origem genética referente ao indivíduo gerado por

realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos (grifou-se).

inseminação artificial heteróloga, percebe-se que o STF entendeu por preservar não só o direito à investigação de paternidade, mas, principalmente, o direito ao conhecimento das origens biológicas, com fulcro no princípio fundamental da dignidade humana e nos direitos da personalidade.

Deste modo, através da analogia, pode-se utilizar o entendimento do STF para embasar o direito à identidade genética do filho gerado por meio de inseminação artificial heteróloga, bem como destacar que o intuito deste “novo” direito fundamental é de tutelar o acesso ao conhecimento da ascendência genética, suas origens e raízes, não sendo atribuído ao doador qualquer obrigação referente ao direito de filiação.

3.3 LEI DE BIOSSEGURANÇA - LEI 11.105/2005

No Brasil, a primeira lei específica a preocupar-se com as experiências envolvendo a genética foi a Lei 8.974/95, que estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização das atividades que envolviam organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados. Esta norma foi revogada pela Lei nº 11.105/05, que atualmente regulamenta a matéria, disciplinando as práticas de engenharia genética envolvendo seres vivos humanos e não humanos. Perplexos com a miscelânea desconexa de matérias tratadas, os críticos chegaram a apelidar a Lei de Biossegurança de “colcha de retalhos” e “aberração jurídica”.

A Lei 11.105/05 estabelece, logo no seu artigo 1º, os objetivos gerais da norma:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Em que pese o objetivo central da lei sejam as pesquisas e fiscalização dos OGMs, o que não nos interessa discutir neste trabalho, a lei volta-se,

repentinamente, a regular a utilização de células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia.

Para a professora Rita de C. R. Tarifa Espolador, estudiosa do tema:

“O caráter fragmentários da Lei 11.105/05 é devido a uma série de fatores, uns em razão das deficiências técnicas, outros atribuíveis às injunções que comandam os aspectos políticos. Partiu-se da regulamentação dos transgênicos, em especial o plantio de semente transgênica, inicialmente registrada pela Lei 8.974/95, depois autorizada em parte, por medida provisória, para se alcançar a regulamentação de técnicas de reprodução humana assistida e regulamentar a CTNBio (TARIFA ESPOLADOR, 2010, p. 85)”.

No tocante a reprodução humana assistida a lei é omissa quanto às implicações jurídicas que o uso de tal técnica poderá criar. Todavia, no *caput* do art. 5º, permite, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”.

Quanto à imposição de limites à atuação de profissionais da área de biotecnologia, verifica-se a completa ausência de diretrizes adequadas capazes de determinar o reino do que é lícito ou não.

A Lei de Biossegurança é omissa, ainda, no que tange ao direito fundamental à identidade genética, confirmando a insuficiência da legislação brasileira frente aos avanços tecnológicos, considerando aqui o campo específico da genética.

3.4 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI 8.069/90

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se consagrou expressamente os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, sendo que o art. 227³¹ emoldura claramente estes direitos que, dois anos depois, em 1990 foram especificados no microssistema chamado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da Lei n. 8.069/90.

³¹ Art. 227 - CAPUT. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como dito anteriormente, o direito à identidade genética está estritamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, o ECA, em seu art. 15³², garante à criança e ao adolescente o direito à dignidade da pessoa humana, e acrescenta que são sujeitos de direitos civis, englobando, assim, o direito à personalidade.

O art. 18 alerta que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Assim, de acordo com esta lei, a ponderação fundamental a que se deve atender é a prevalência do melhor interesse da criança em seus amplos aspectos, de modo a possibilitar seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, assim como em condições de liberdade e dignidade.

Buscando não fugir do tema proposto, a principal consideração que se levanta frente ao ECA, leva em conta os valores que devem ser sopesados quando se está diante da questão da filiação sócio-afetiva *versus* biológica, uma vez que “a criança não pode ser o mero objeto das relações paterno-materno-filiais, mas se torna um sujeito de direito enquanto pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico (KRELL, 2006, p. 109)”.

Levando em conta o acima citado, não se pode deixar de transcrever a garantia trazida pelo art. 27 do ECA, que determina que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Com base neste dispositivo, Tycho Brahe Fernandes afirma que “o filho concebido através de uma das técnicas de reprodução assistida poderá, a qualquer tempo, investigar sua paternidade, esclarecendo, ainda, que os responsáveis pela guarda dos dados do doador de sêmen deverão fornecê-los, em segredo de justiça (FERNANDES, 2000, p. 85)”.

Deste modo, mesmo que os pais assinem o instrumento de autorização para inseminação artificial com ovócitos ou sêmen doados, firmando o compromisso de não demandar a identidade do doador, entende-se que essa obrigação não é

³² Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

aplicada ao filho, uma vez que o art. 27 do ECA considera que toda criança tem o direito de conhecer seu estado de filiação, sendo o acesso às origens genéticas um direito personalíssimo, não cabendo obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte de quem não o detém. Todavia, como já mencionado, no caso de inseminação artificial heteróloga, saber da filiação genética não implica no desfazimento da filiação jurídica.

4 NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO MATERIAL GENÉTICO

No terceiro capítulo, busca-se traçar um panorama geral sobre o estudo dos fatos, atos e negócios jurídicos, afinando o tema até chegar aos contratos que envolvem material genético, bem como determinar qual é o instrumento jurídico mais adequado no processo de disponibilização gratuita de gametas.

4.1 FATO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICO – NOÇÕES GERAIS

Para entender as relações jurídicas, um dos pontos primordiais é conhecer profundamente os conceitos basilares de Direito Privado, quais sejam – fato, ato e negócio jurídico.

Todos os fatos³³ que ocorrem no mundo, em sua grande parte, interessam ao mundo jurídico, que por sua vez interpreta os mesmos como fenômenos que dão origem as relações jurídicas.

As relações jurídicas representam a valoração de fatos feita pela comunidade jurídica. Quando o homem traça as regras de convivência social trata os fatos segundo critérios axiológicos, em razão dos quais é medida a importância que possuem para o homem no seu meio social. Assim, as relações jurídicas originam-se a partir de fatos jurídicos, ou seja, basta que os fatos do mundo, meros eventos ou condutas, sejam relevantes à vida humana e conseqüentemente para o sistema jurídico (MELLO, 2007, p. 43).

Acontecido um fato jurídico, desencadeia-se uma reação que toca a esfera jurídica em um ou vários pontos do sistema, ocorrendo um processo de identificação do fato ocorrido com a norma jurídica, para que então possam ser identificados os direitos e as obrigações provocadas pelo fato. Lourival Vilanova destaca muito bem esse aspecto ao ensinar que “sem as proposições normativas do direito positivo, nenhum fato do mundo pertence ao universo jurídico (VILANOVA, 1977, p. 118)”.

Importante frisar que nem todo fato pode ser considerado jurídico, e como decorrência, nem todo fato pode gerar efeitos jurídicos. Todavia, para que gere tais

³³ “Os fatos podem se classificados em eventos e condutas: (a) eventos são os puros fatos da natureza, aqueles que acontecem independentemente de atuação humana ou, quando há presença dessa atuação em sua origem, esta resulta, exclusivamente, da sua condição natural, biológica, como na concepção, nascimento ou morte de alguém; e (b) condutas, os atos humanos volitivos ou mesmo avolitivos que não sejam decorrência exclusiva de sua natureza biológica (VILANOVA, 2000, p. 216)”.

efeitos, é necessário que haja um processo de subsunção do fato à norma (hipótese de incidência), ou seja, haverá sempre uma previsão normativa para que o fato jurídico seja identificado como tal³⁴.

Fixadas tais premissas, tem-se que fato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*) corresponde a “todo o acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 294)”.

De acordo com Flávio Tartuce, pode-se decompor o fato jurídico *lato sensu* da seguinte forma:

Fatos Jurídicos	Fatos Naturais	Ordinários	
		Extraordinários	
	Fatos Humanos	Lícitos (ato jurídico <i>lato sensu</i>)	Ato jurídico <i>stricto sensu</i> ; Negócio jurídico; Ato-fato jurídico ³⁵
		Ilícitos	

Fonte: TARTUCE, 2014, p. 329

O fato jurídico natural é aquele que independe da atuação humana, não havendo o elemento volitivo, podendo ser classificado em: a) Fato jurídico natural ordinário – são fatos da natureza de ocorrência comum, cotidiana, como é o caso do nascimento, da morte, do decurso de tempo, etc; e b) Fato jurídico natural extraordinário – são eventos da natureza inesperados, às vezes imprevisíveis, como um terremoto, uma enchente, o caso fortuito (evento totalmente imprevisível) e a

³⁴ A teoria da subsunção dominou o método de interpretação e aplicação do direito até a primeira metade do século XX. A partir daí, houve uma ruptura metodológica caracterizada pela relativização do método subsuntivo, diante de seu inegável reducionismo. Para André Trindade, estudioso do tema, “o positivismo apresenta-se como uma matriz que fecha o sistema jurídico às mutações sociais. Em uma conjuntura onde os meios de comunicação ampliam a complexidade social por representarem novas possibilidades/realidades diuturnamente, o Direito não pode destoar desse processo, ou será considerado uma forma de controle social obsoleta. Nesse sentido, não se pode estabilizar uma sociedade com um sistema estático de norma cuja estrutura busca verificar apenas a validade normativa pressuposta de uma norma metafísica. Deve-se, portanto, atentar para uma necessária distinção entre o instrumento de controle (norma) com o seu fundamento (TRINDADE, André Fernando dos Reis. Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65)”.

³⁵ O Código Civil de 2002 omitiu-se da figura do ato-fato jurídico, mas, como um dever dogmático, a doutrina não pode furtar-se a incluí-la na classificação dos fatos jurídicos em sentido *lato*. Todavia, o tema não será aprofundado no decorrer do texto, pois não interessa ao presente estudo.

força maior (evento previsível, mas inevitável) – (TARTUCE, 2014, p. 329 e GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 301).

Ao lado do fato natural, está o fato jurídico humano, que pode ser classificado em: a) ato jurídico lícito ou ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*) – ocorre quando a ordem jurídica toma em consideração o comportamento do homem em si mesmo, e, ao atribuir-lhe efeitos jurídicos, valoriza a consciência e a vontade humana; e b) ato ilícito – consiste no comportamento voluntário e consciente, que transgride um dever jurídico (ABREU FILHO, 2003, p. 10-13).

Adiante, o ato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*), considerado espécie do ato jurídico lícito, corresponde a um “fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático³⁶ a manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações respectivas (MELLO, 2007, p. 137)”.

Neste tipo de ato, não existe propriamente uma “declaração de vontade com o propósito de atingir, dentro do campo da autonomia privada, os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente (como no negócio jurídico), mas sim um simples comportamento humano deflagrador de efeitos previamente estabelecidos por lei (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 303)”.

O ato jurídico em sentido estrito pode ser subdividido em duas categorias: a) a dos atos materiais; e b) a das participações.

Os atos materiais resultam do comportamento do homem, baseado na vontade consciente, tendente a produzir efeitos jurídicos previstos em lei. Como exemplo tem-se o reconhecimento de paternidade, a fixação de domicílio, a ocupação, etc. A título de ilustração, Tartuce pede para que imaginemos uma pessoa que teve um filho fora do casamento e, como pai, quer reconhecê-lo. Com o reconhecimento surgem efeitos legais como o direito do filho de usar o nome do pai, o dever do último de prestar alimentos, direitos sucessórios, entre outros. Sendo reconhecido um filho, os efeitos decorrentes do ato não dependem da vontade da pessoa que fez o reconhecimento, mas da lei, da norma jurídica (TARTUCE, 2014, p. 336).

³⁶ O suporte fático é um fato, seja evento ou conduta, que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica.

Vale enfatizar aqui, pois servirá de reflexão para o último tópico deste capítulo, que diferentemente do que ocorre na categoria dos negócios jurídicos, em que a doutrina sistematiza rígidos pressupostos para a validade do ato praticado, no âmbito dos atos jurídicos em sentido estrito, mais especificamente nos atos materiais, a aplicação de certos pressupostos de validade sofre uma relativização – a exemplo da capacidade do agente, não sendo lógico considerar nulo o ato de reconhecimento de paternidade realizado por um menor (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 305).

Quanto às participações, além de um ato de vontade (como todo ato jurídico), caracterizam-se pela existência de uma declaração sem intenção negocial. Como exemplo, pode-se mencionar a intimação, a notificação, o aviso, a confissão, etc (ABREU FILHO, 2003, p. 10-13).

Por fim, passa-se a analisar o negócio jurídico, considerado espécie do gênero ato jurídico em sentido amplo, constituindo, ainda, um fato jurídico, pela presença da vontade.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria dualista para a classificação dos atos jurídicos, disciplinando o negócio jurídico, que até então não era tratado explicitamente pelo Código Civil de 1916, pois este último utilizava em seu bojo apenas a expressão genérica “atos jurídicos”.

Para a conceituação do negócio jurídico, o civilista Antônio Junqueira de Azevedo apresenta três correntes: a voluntarista; a objetivista; e a estruturalista (AZEVEDO, 2002, p. 01-02).

As definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira, refletindo-se no art. 112 do CC-02, que assim dispõe – “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

De acordo com esta concepção, o negócio jurídico é “toda manifestação de vontade que visa a produzir efeitos jurídicos” ou “ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 04)”.

Dentre os que criticam a concepção voluntarista, Azevedo e Betti entendem que a intenção do declarante não é elemento necessário para a existência do negócio (plano da existência), sendo importante apenas para a sua validade e eficácia. Segundo os autores, não fazendo a “vontade” parte da existência do

negócio jurídico, não poderá ser elemento definidor ou caracterizador do negócio (AZEVEDO, 2002, p. 09 e BETTI, 2008, p. 89-90).

Se afastando da visão voluntarista, os partidários da visão objetivista viram no negócio jurídico um meio concedido pelo ordenamento para produção de fatos jurídicos, abrindo brecha para que o negócio deixasse de ser visto como um mero ato de vontade (AZEVEDO, 2002, p. 11-12).

Importante mencionar que esta corrente se prende à sua função (efeito) e, para os adeptos, o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia da vontade, teria conteúdo normativo, consistindo “em um poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 303)”.

Sob a ótica da teoria objetivista, Emílio Betti conceitua o negócio jurídico como “o ato pelo qual os particulares, nas relações entre eles, regulam os escopos que melhor correspondam aos seus interesses, graças a sua autonomia privada (BETTI, 2008, p. 86)”. Porém, vale lembrar que a ordem jurídica continua a ser o árbitro para valorar tais escopos, de acordo com a relevância social, sempre em harmonia com a sociabilidade da função ordenadora.

Criticando o dogma objetivista, Azevedo entende que essa concepção peca pelo mesmo unilateralismo das concepções subjetivas, uma vez que “a transformação do negócio em norma jurídica concreta é artificial”. Cita que o próprio Betti reconhece que o conteúdo do negócio é “elevado a preceito jurídico” por um processo de recepção do ordenamento, mas que esse conteúdo, por si só, não caracteriza preceito jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 12-13).

Por fim, sob a ótica estruturalista, o negócio jurídico “é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, observados os pressupostos de existência, validade e eficácia fixados pela norma jurídica que sobre ele incide (AZEVEDO, 2002, p. 16)”.

De acordo com esta concepção, o importante na caracterização do negócio é salientar que, em primeiro lugar, ele é um ato cercado de circunstâncias que fazem com que seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos; em segundo lugar, a correspondência entre os efeitos atribuídos pelo direito (efeitos jurídicos) e os efeitos manifestados como desejados existe porque a regra jurídica de atribuição procura

seguir a visão social e liga efeitos ao negócio em virtude da existência de manifestação de vontade qualificada³⁷ sobre eles. (AZEVEDO, 2002, p. 19).

Assim, o negócio não produz efeitos em virtude do que o agente quer, mas sim de acordo com o que a sociedade enxerga como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 21).

Finalizando o tópico, essas são as concepções propostas por Antônio Junqueira de Azevedo, sendo a definição pela estrutura a que mais se coaduna com o atual direito negocial, pois não importa como o negócio surge ou atua, mas simplesmente o que ele é sob o prisma social e jurídico.

4.1.1 Teoria tricotômica

A teoria tricotômica refere-se à verificação de elementos essenciais para a plena realização do negócio jurídico. A existência, a validade e a eficácia, constituem os planos elementares do negócio jurídico.

A verificação do plano de existência ocorre quando a incidência da norma jurídica recai sobre o fato, tornando-o jurídico. Assim, “quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, existência jurídica (AZEVEDO, 2002, p. 23)”.

Para Marcos Bernardes de Mello, ao sofrer a incidência da norma jurídica, a parte relevante dos fatos, o suporte fático, é transportado para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos (MELLO, 2007, p. 99).

No entanto, é preciso que o negócio jurídico preencha certos pressupostos³⁸ para sustentar sua existência no plano jurídico. Como elementos gerais, sem os

³⁷ É uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, as circunstâncias negociais, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos (AZEVEDO, 2002, p. 17).

³⁸ No plano da existência surgem apenas os substantivos, sem qualquer qualificação, ou seja, substantivos sem adjetivos. Ex: agente (substantivo) capaz (adjetivo) – (Tartuce, 2014, p. 343).

quais nenhum negócio jurídico existe, cita-se o agente³⁹, a vontade⁴⁰, o objeto⁴¹ e a forma⁴².

Sem os citados pressupostos, qualquer negócio torna-se impensável, inexistente. Deste modo, no plano da existência, verifica-se, apenas, se o fato realmente existiu.

Contudo, uma vez existente o negócio jurídico, deve-se proceder à análise de sua validade. No campo da Teoria Jurídica, o vocábulo “validade” significa:

“Qualificação que se atribui a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que são conformes com o direito daquela comunidade, especificamente, não contendo qualquer mácula que os torne defeituosos. Sob esse aspecto é que se fala em negócio jurídico válido ou, ao contrário, em negócio jurídico nulo ou anulável (= inválido), bem assim em lei válida ou em lei nula, por inconstitucionalidade (MELLO, 2008, p. 02)”.

A respeito da validade, o Código Civil brasileiro enumera, em seu art. 104⁴³, os pressupostos legais do negócio jurídico. Todavia, este rol de pressupostos não reflete a amplitude teórica do plano de validade.

Seguindo este mesmo raciocínio, Marcos Bernardes de Mello expõe o seguinte:

“Essa enumeração legal, como se vê, é insuficiente, incompleta, porque não menciona todas as causas de invalidade, deixando-se de referir-se, explicitamente, à possibilidade do objeto e sua compatibilidade com a moral (cuja falta implica nulidade – Código Civil, art. 145, II), como também à existência de deficiência de negócios jurídicos, dentre os quais se incluem os vícios que afetam a manifestação da vontade, e outros que comprometem a perfeição e causam a invalidade, por anulabilidade, do ato jurídico (Código Civil, art. 147), além da anuência de outras pessoas que, em certas situações, é exigida (MELLO, 2008, p. 17)”.

³⁹ A participação do sujeito de direitos (pessoa natural ou jurídica) é indispensável para a configuração existencial do negócio jurídico (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 324).

⁴⁰ A manifestação ou declaração de vontade poderá ser expressa (através da palavra escrita ou falada, gestos ou sinais) ou tácita (aquela que resulta de um comportamento do agente) – (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 323).

⁴¹ Todo negócio jurídico pressupõe a existência de um objeto (utilidade física ou ideal), em razão do qual giram os interesses das partes (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 324).

⁴² É o tipo de manifestação através do qual a vontade chega ao mundo exterior (forma escrita, oral, silêncio, sinais, etc). Não se confunde com a vontade, pois seu requisito deve ser entendido simplesmente como o revestimento externo da manifestação volitiva (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 325).

⁴³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Assim, indaga-se: Quais são os reais pressupostos do plano de validade?

Como resposta, percebe-se que, sabendo quais são os pressupostos gerais de existência, chega-se facilmente aos pressupostos de validade, pois basta adjetivá-los. São eles:

- a) Manifestação da vontade livre e de boa-fé – traduz a liberdade de atuação do indivíduo na esfera negocial, respeitados ditames mínimos de convivência social e moralidade média. O Código Civil dispensa especial tratamento a este pressuposto de validade ao estabelecer, no art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.
- b) Agente emissor da vontade capaz e legitimado – no que se refere a pessoa natural, que é o objeto deste trabalho, se lhe faltar absoluta ou relativa capacidade para a prática pessoal de atos jurídicos, deverá ser representada ou assistida, a fim de se imprimir perfeita validade ao ato praticado. Ademais, não obstante goze de plena capacidade, é preciso que o agente não esteja circunstancialmente impedido de celebrar o ato, em outras palavras, além da capacidade é preciso haver legitimidade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 338-339).
- c) Objeto lícito, possível e determinado ou determinável – para ser lícito o objeto não pode contrariar dispositivos legais; para ser possível o objeto não pode implicar em prestação impossível⁴⁴; para ser determinado ou determinável o objeto deve conter elementos mínimos de individualização que permitam caracterizá-lo, afastando a indeterminabilidade do objeto (TARTUCE, 2014, p. 342-344).
- d) Forma adequada – para que o negócio jurídico seja perfeitamente válido, deve revestir-se da forma prescrita ou não defesa em lei. É o que dispõe o Código Civil, no seu art. 107, ao determinar que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Assim, para valer, é preciso gerar efeitos, devendo existir suporte fático eficiente para entrada e permanência do negócio no mundo jurídico.

⁴⁴ A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. A impossibilidade física está presente quando o objeto não pode ser apropriado por alguém ou quando a prestação não puder ser cumprida por alguma razão. Por outra via, a impossibilidade jurídica está presente quando a lei vedar o seu conteúdo (TARTUCE, 2014, p. 348).

O último plano que compõe a teoria tricotômica do negócio jurídico é o plano da eficácia. Neste plano, “não se trata de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, de sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos (AZEVEDO, 2002, p. 48)”.

Neste campo de estudo, tem-se os elementos acidentais dos negócios jurídicos que não estão presentes no plano da existência e nem no da validade, mas no plano de eficácia, sendo a sua presença até dispensável. São eles:

- a) Condição – trata-se de um elemento acidental, consistente “em um evento futuro e incerto, por meio do qual subordinam-se ou resolvem-se os efeitos jurídicos de um determinado negócio (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 404)”.
- b) Termo – é o acontecimento futuro e certo que subordina o começo ou o fim da eficácia jurídica de determinado ato negocial (TARTUCE, 2014, p. 363).
- c) Modo ou encargo – é o elemento acidental do negócio jurídico que “impõe ao beneficiário um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior”. Geralmente tem-se a figura do encargo nos negócios jurídicos gratuitos (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 416).

Buscando simplificar o tema, Marcos Bernardes de Mello descreve, brilhantemente, os fatores responsáveis para que o negócio jurídico tenha acesso ao plano da eficácia:

- “(i) Os atos jurídicos válidos têm entrada imediata no plano da eficácia, mesmo enquanto pendentes termos ou condições suspensivas;
- (ii) Os atos anuláveis entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas interinisticamente, pois poderão ser desconstituídos caso sobrevenha a decretação da sua anulabilidade. Os efeitos dos atos anuláveis se podem tornar definitivos pela sanção da anulabilidade, inclusive pela decadência da pretensão anulatória;
- (iii) Os atos nulos, de regra, não produzem sua plena eficácia. Precisamente por coincidirem, quase sempre, o nulo e o ineficaz é que se costumam confundir as duas espécies. Acontece, no entanto, que há casos, embora poucos, em que o ato jurídico nulo produz, plena e definitivamente, os efeitos jurídicos que lhe são atribuídos (ex: casamento putativo) – (MELLO, 2007, p. 102-103)”.

Assim, examinando o negócio jurídico sob a ótica da existência, da validade e da eficácia, torna-se possível dizer quando ele inexistente, quando não vale e quando é ineficaz.

4.2 CONTRATOS – CONCEITOS INICIAIS

Dentro da classificação dos negócios jurídicos, o contrato é o mais comum deles.

A terminologia contrato vem do latim *contractu*, que significa “trato com”. Assim denota “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2008, p. 30)”.

Na concepção de Orlando Gomes, “contrato é o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam (GOMES, 2007, p. 10)”.

Nesta mesma linha, Flávio Tartuce ensina que “contrato é um negócio jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial (TARTUCE, 2014, p. 02)”.

Buscando a estrutura contratual, denota-se que a noção de contrato contém dois elementos essenciais para a formação do instituto: a) o estrutural, constituído pela alteridade, ou seja, constitui-se pela presença de duas ou mais vontades contrapostas quando da constituição do contrato; e b) o funcional, formado pela composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis (DINIZ, 2008, p. 31-32).

Assim, o contrato representa o espírito de cada uma das partes, que se põem de acordo sobre determinados interesses não coincidentes, mas harmonizáveis, sob as mais variadas finalidades sócio-econômicas.

No mundo jurídico, os contratos se agrupam em diferentes categorias, de acordo com a uniformidade de seus regimes. Assim, surgiu a necessidade de classificá-los a fim de facilitar a identificação da natureza jurídica de cada contrato, acentuando as semelhanças e diferenças entre as inúmeras espécies.

Neste trabalho, optou-se pela classificação proposta por Maria Helena Diniz, por considerá-la a mais completa e sistematizada. Para a autora, os contratos se bipartiram da seguinte forma (DINIZ, 2008, p. 80-106):

- 1 - Contratos considerados em si mesmos:
 - 1.1 - Quanto à natureza da obrigação⁴⁵:
 - a) Contratos unilaterais e bilaterais
 - b) Contratos onerosos e gratuitos
 - c) Contratos comutativos e aleatórios
 - d) Contratos paritários e contratos por adesão
 - 1.2 - Quanto à forma⁴⁶:
 - a) Contratos consensuais
 - b) Contratos solenes
 - c) Contratos reais
 - 1.3 - Quanto à sua denominação⁴⁷:
 - a) Contratos nominados
 - b) Contratos inominados
 - 1.4 - Quanto ao objeto:
 - a) Contratos de alienação de bens

⁴⁵ Os conceitos desenvolvidos nas notas 45 a 50 foram elaborados com base na obra de Maria Helena Diniz (Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80-106):

1.1 - Quanto à natureza da obrigação:

a) Contratos unilaterais e bilaterais - Serão unilaterais se uma só das partes assumir obrigações em face da outra (ex.: comodato, mútuo, depósito, mandato). Serão bilaterais se cada contraente for credor e devedor do outro, produzindo direitos e obrigações para ambos (ex.: compra e venda, troca, locação);

b) Contratos onerosos e gratuitos - Os onerosos são aqueles que trazem vantagens para ambos os contraentes, que sofrem um sacrifício patrimonial correspondente a um proveito almejado (ex.: locação). Já os gratuitos oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação (ex.: doação);

c) Contratos comutativos e aleatórios - Os comutativos são aqueles em que cada contraente, além de receber do outro prestação relativamente equivalente à sua, pode verificar de imediato essa equivalência (ex.: compra e venda). Quanto aos aleatórios, são aqueles em que a prestação de uma ou de ambas as partes depende de um risco futuro e incerto, não se podendo antecipar o seu montante (ex.: rifa, bilhete de loteria, seguro);

d) Contratos paritários e contratos por adesão - Os contratos paritários são aqueles em que os interessados, colocados em pé de igualdade, ante o princípio da autonomia da vontade, discutem os termos do ato negocial, eliminando os pontos divergentes mediante transigência mútua. Já os contratos por adesão, são aqueles em que a manifestação de vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra (ex.: contrato de transporte, de fornecimento de gás, água).

⁴⁶ 1.2 - Quanto à forma:

a) Contratos consensuais - São aqueles que se perfazem pela simples anuência das partes, sem necessidade de outro ato (ex.: locação);

b) Contratos solenes - Consistem naqueles para os quais a lei prescreve, para a sua celebração, forma especial (ex.: compra e venda de imóveis);

c) Contratos reais - São aqueles que se ultimam com a entrega da coisa feita por um contraente a outro (ex.: comodato, mútuo, depósito).

⁴⁷ 1.3 - Quanto à sua denominação:

a) Contratos nominados - Aqueles "batizados" pela lei (ex.: compra e venda, permuta, doação);

b) Contratos inominados - Não estão disciplinados pelo Código Civil ou por lei extravagante, porém são permitidos juridicamente, desde que não ofendam os requisitos do negócio jurídico (ex.: contrato de locação de caixa-forte, contrato sobre exploração de lavoura de café).

- b) Contrato de transmissão de uso e gozo
- c) Contrato de prestação de serviços
- d) Contratos de conteúdo especial
- 1.5 - Quanto ao tempo de sua execução⁴⁸:
 - a) Contrato de execução imediata
 - b) Contrato de execução continuada
- 1.6 - Quanto à pessoa do contratante⁴⁹:
 - a) Contratos pessoais
 - b) Contratos impessoais

- 2 - Contratos reciprocamente considerados⁵⁰:
 - a) Contratos principais
 - b) Contratos acessórios

Superada a classificação, passa-se a analisar, brevemente, os princípios norteadores das relações contratuais.

O primeiro princípio, denominado princípio da autonomia privada, constitui verdadeiro instrumento da liberdade humana⁵¹, tendo sua raiz na vontade.

Entre os doutrinadores nacionais, quem melhor observou o significado deste princípio foi Francisco Amaral, que escreveu:

“[...] a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (AMARAL, 2003, p. 347-348)”.

⁴⁸ 1.5 - Quanto ao tempo de sua execução:

- a) Contrato de execução imediata - Aqueles que se esgotam num só instante, mediante uma única prestação (ex.: troca, compra e venda à vista);
- b) Contrato de execução continuada - Ocorre quando a prestação de um ou de ambos os contraentes se dá a termo (ex.: compra e venda a prazo, locação de coisa).

⁴⁹ 1.6 - Quanto à pessoa do contratante:

- a) Contratos pessoais - Aqueles em que a pessoa do contratante é considerada pelo outro como elemento determinante de sua conclusão;
- b) Contratos impessoais - Aqueles em que a pessoa do contratante é juridicamente indiferente.

⁵⁰ 2 - Contratos reciprocamente considerados:

- a) Contratos principais - São os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independente de outro.
- b) Contratos acessórios - São aqueles cuja existência jurídica supõe a do principal, pois visam assegurar a sua execução (ex.: fiança).

⁵¹ “Embora a liberdade contratual e os atos de autonomia privada em geral sejam expressão da autodeterminação, naquelas hipóteses em que o direito de conduzir sua vida e sua liberdade como ser humano está em jogo as regras relativas aos negócios jurídicos e ao direito das obrigações não podem ser aplicadas, pois se está diante de um puro ato de autodeterminação (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier Baez; CASSEL, Douglas (Orgs.). A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011. p. 227-244)”.

Todavia, é preciso lembrar que a liberdade dos contratantes de estipular livremente seus interesses não é absoluta, pois “está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo (DINIZ, 2008, p. 33)”, como dispõe o art. 421 do CC-02⁵².

O segundo princípio, chamado princípio da função social do contrato, denota que os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, visando a proteção da parte vulnerável da relação contratual. Na realidade, à luz da “personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana (TARTUCE, 2014, p. 60-61)”.

O parágrafo único do art. 2.035 do CC-02⁵³, cuja finalidade é assegurar a função social dos contratos, estabelece que a convenção só prevalecerá se não contrariar preceitos de ordem pública, ou seja, os contratos necessariamente deverão sujeitar sua vontade: a) às normas de ordem pública, que fixam as bases jurídicas fundamentais da sociedade; e b) aos bons costumes, relativos a moralidade social, de forma que sejam proibidos contratos que versem sobre a exploração de casas de tolerância, por exemplo (DINIZ, 2008, p. 34).

Quanto ao terceiro princípio, denominado princípio da força obrigatória dos contratos, tinha previsão já no direito romano, segundo o qual deveria prevalecer a *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no acordo. De acordo com este princípio o contrato é intangível, não podendo, sem qualquer razão plausível, ser revisto ou extinto unilateralmente, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema (DINIZ, 2008, p. 39).

No entanto, a realidade jurídica atual não permite mais a concepção estanque do contrato. Para Tartuce, “o mundo globalizado, a livre concorrência, o domínio do crédito por grandes grupos econômicos, e a manipulação dos meios de *marketing* geraram um grande impacto no Direito Contratual”, acentuando um movimento de

⁵² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁵³ Art. 2.035. [...]

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

revolução do contrato, que não pode mais ser encarado sob a ótica tradicional e imperativa da *pacta sunt servanda* (TARTUCE, 2014, p. 89).

O quarto princípio, que recebeu o nome de princípio da boa-fé objetiva, possui previsão expressa no Código Civil de 2002, mais especificamente no art. 422⁵⁴.

De acordo com este princípio as partes deverão manter, em todas as fases contratuais, uma postura de probidade e honestidade, estimulando a confiança recíproca e conseqüente equilíbrio entre os contratantes. Vale lembrar que referido princípio também se encontra ligado à interpretação do contrato, uma vez que o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a real intenção da declaração de vontade das partes (DINIZ, 2008, p. 41).

O quinto e último princípio, chamado princípio da relatividade dos efeitos contratuais, determina que o contrato vincula exclusivamente as partes que nele intervieram, não tendo eficácia em relação a terceiros.

Maria Helena Diniz aponta, como exceção a tal princípio, dois casos: a) a responsabilidade do herdeiro do contratante que, mesmo não tendo participado da formação do contrato, sofre seus efeitos; e b) a estipulação em favor de terceiro, que estende seus efeitos a outras pessoas, criando direitos e impondo deveres, apesar de elas serem alheias à constituição do contrato (DINIZ, 2008, p. 40-41).

Por fim, após breve percurso sobre os meandros da teoria geral dos contratos, passa-se a analisar, especificamente, os contratos que envolvem manipulação de material genético humano.

4.2.1 Contratos envolvendo material genético

No Brasil, o Código Civil regula uma diversidade de contratos, todavia, existem outros tantos que carecem de regulação, dentre eles destacam-se os contratos que envolvem material genético humano.

De acordo com o art. 7º, inciso XIII, da Medida Provisória n. 2.186-15, de 26 de julho de 2001⁵⁵, extrai-se o conceito de contrato de utilização do patrimônio

⁵⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁵⁵ MEDIDA PROVISÓRIA No 2.186-15, DE 26 DE JULHO DE 2001 - Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências

genético como o “instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético”.

A multilateralidade deste negócio jurídico, de plano, evidencia que não se trata de um instituto sujeito ao clássico regime do direito civil dos contratos. Isto porque o procedimento de acesso ao patrimônio genético não é uma relação linear bipolar, mas sim, um “complexo emaranhado de *links* jurídicos entre as partes em que o ponto de intersecção comum é o núcleo de negociações dos distintos interesses, consubstanciado num instrumento de consentimento prévio informado (KISHI, 2010)”.

Sobre esta temática, Evelise Leite Pâncaro da Silva explica que estamos diante de um “novo objeto contratual”, no qual a definição de vivo⁵⁶ e a sua relevância nos estudos de contratos envolvendo materiais biológicos cresce a cada dia. Para a autora, “não há mais dúvidas hoje de que todos os seres vivos, animais ou vegetais, pertencentes a qualquer reino ou espécie, desde uma simples bactéria até o ser humano, são formados a partir de uma mesma estrutura de genes e possuem igual funcionamento de genomas (SILVA, 2010, p. 224-225)”.

A partir da metade do século XIX, desenvolveram-se muitos estudos científicos que possibilitaram “a manipulação de mensagens genéticas contidas nas células dos organismos vivos através das técnicas de corte ou modificação das moléculas de DNA, viabilizando a coleta e a exploração de recursos vivos provenientes de qualquer espécie existente na natureza”. Para a pesquisadora, “pode-se, então, considerar que os materiais guardados em bancos de recursos biológicos, juntamente com o acervo de informações genéticas correspondente, elaborado por técnicos e cientistas da área de biotecnologia, fazem parte do universo dos vivos (SILVA, 2010, p. 225-226)”.

Em se tratando de material humano, o anonimato dos doadores e dos dados referentes à saúde e a constituição genética dos indivíduos contribui para sua despersonalização ou coisificação, ferindo o direito fundamental à identidade genética.

⁵⁶ Para os geneticistas, o termo *vivo* corresponde a um bem isento de subjetividade, sendo necessário adotar uma concepção reducionista e dualista da vida biológica, em que a matéria seria radicalmente dissociada de sua dimensão psíquica, antropológica, moral e espiritual. O *vivo* deve ser “compreendido como um conceito abstrato e objetivo, afastado da vida em seu sentido próprio de existência, ou ainda, como uma representação materialista e desencantada, sem qualquer relação com a vida evocada por poetas e filósofos (SILVA, 2010, p. 224)”.

Os textos legislativos, além de escassos são imprecisos, o que deixa as questões sobre o tema ainda mais obscuras, contudo, não há como negar o rol de interesses políticos e econômicos das nações e de grandes empresas na exploração de objetos de pesquisas decorrentes da biotecnologia e da biomedicina. Desta feita, imperioso concluir:

“Cumprir, pois, ao jurista, a tarefa de fixar os limites concernentes à legitimidade das formas de apropriação da natureza e às normas de direito positivo que devem regulamentar as relações comerciais envolvendo materiais biogenéticos, especialmente aqueles de origem humana. Entretanto, a reflexão sobre o direito contratual aplicável aos bens vivos, por envolver interesses sociopolíticos dos países, suscita dificuldades de ordem teórica e prática, que exigem, de início, uma correta compreensão do vivo (SILVA, 2010, p. 230)”.

Sendo assim, torna-se indispensável um tratamento adequado da matéria e o suporte da lei, para impedir o uso indevido ou abusivo de contratos envolvendo materiais genéticos, evitando a injusta prevalência dos interesses dos mais fortes sobre os mais fracos. A lei e o contrato devem manter coerência entre si e constante interação, sem os quais os objetivos de interesse geral não podem ser alcançados.

4.3 POR QUE USUALMENTE SE ELEGE O CONTRATO DE DOAÇÃO COMO O INSTRUMENTO MAIS ADEQUADO NO PROCESSO DE DISPONIBILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO?

A ordem jurídica nacional protege amplamente o ser humano, e busca protegê-lo de si mesmo e dos interesses da sociedade, no que tange a disponibilidade do seu corpo. Assim, nesse contexto, deve-se indagar qual instrumento jurídico deve ser eleito quando da disponibilização de material genético humano para fins reprodutivos, ou seja, qual instrumento coaduna-se com os valores constitucionais, garantindo o respeito ao ser humano desde o começo de sua vida.

No Brasil, a matéria obteve assento na Constituição Federal de 1988, dispondo no art. 199, § 4º, *in verbis*:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e

transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

De acordo com este artigo os órgãos e tecidos humanos são bens fora do comércio, ou seja, são bens legalmente inalienáveis, pois apesar de suscetíveis de apropriação pelo homem, têm sua comercialidade excluída pela lei para atender aos interesses constitucionais da dignidade humana. Como as partes separadas são consideradas coisas, a propriedade passa a ser de seu titular. Todavia, essa titularidade não é plena, podendo a pessoa apenas dispor gratuitamente, desde que não afete sua própria vida ou integridade física, bem como deve se destinar a um fim terapêutico ou humanitário (ROCHA, 2009).

A vigente Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplantes de Órgãos), em seu artigo 1º, concretizando o texto constitucional que veda a comercialização, estabelece a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, desde que para fins de transplante e tratamento. Ratificando a preocupação bioética com o material genético humano, assinala, no seu parágrafo único, que para os efeitos desta lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo. *In verbis*:

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.

Outro documento legal a tratar do assunto é a Lei 11.105/2005, nominada Lei de Biossegurança. Alvo de grandes controvérsias, dispõe em seu art. 5º, § 3º:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

[...]

§ 3º - É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997⁵⁷.

⁵⁷ Art. 15 Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Para a Deborah Ciocci, uma das maiores especialistas em direito em reprodução assistida no país, dentro dos parâmetros legais de hoje, gametas⁵⁸, pré-embriões⁵⁹ e o útero para gestação de substituição encontram-se, por questões de moral, ética e direito, fora do comércio. Não se trata de benemerenciar a moral, tampouco desvirtuar o caráter laico do Direito, mas compatibilizar tais técnicas médicas com a Constituição Federal e assim garantir seu uso de forma legal e válida. E acrescenta:

“A proibição de qualquer forma de comercialização, estreita-se com os princípios da Bioética. Com **justiça**, para não haver negócio lucrativo. Com **beneficência**, para impedir a degradação humana de venda de óvulos, ou aluguel de ventre para entrega do filho por dinheiro. Com **autonomia**, para garantir o livre decidir, que a transação impediria. Esta é também a orientação do Conselho Federal de Medicina. Evidente que a transação comercial impede o livre decidir e afronta a dignidade (CIOCCI, 2009, p. 35)”.

Neste mesmo sentido corrobora a Resolução nº 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina (CFM), ao prever no capítulo IV, item 1 – “A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”.

De acordo com o disposto, os valores de nossa sociedade não admitem disposições lucrativas do próprio corpo e nosso Direito adota regra constitucional neste sentido. Por esse motivo, a lei civil brasileira “considera o corpo humano objeto fora do comércio e torna, portanto, ilícito qualquer contrato oneroso a respeito de óvulos, espermatozoides, pré-embriões e empréstimo de útero (CIOCCI, 2009, p. 35)”.

Assim, pelo fato da norma constitucional e infraconstitucional considerar inválido o contrato oneroso que envolve disponibilização de material genético, a sociedade usualmente recorre à doação (contrato gratuito) de gametas e pré-embriões para assegurar a descendência.

Mas será o contrato de doação o instrumento jurídico mais adequada no processo de disponibilização gratuita de material genético humano?

Compulsando a doutrina nacional e internacional, quando se trata de contrato de doação de sêmen e ovócitos, nada se encontra a respeito desta espécie de doação, talvez por desinteresse, talvez pela dificuldade em enquadrá-la nos

⁵⁸ Células germinativas masculina e feminina – sêmen e ovócitos.

⁵⁹ O termo refere-se ao estágio de desenvolvimento do nascituro que abrange os primeiros 14 dias após a fertilização. Depois disso, ele é chamado de embrião.

requisitos de validade do contrato de doação, descritos no nosso Código Civil de natureza patrimonial.

Mas antes, faz-se necessário uma análise genérica do instituto contratual da doação, para posteriormente confrontá-lo com o Instrumento de Doação Voluntária de Sêmen⁶⁰ e o Instrumento de Doação Voluntária de Ovócitos⁶¹, os quais vêm sendo amplamente utilizados nas relações entre o doador de material genético e a clínica ou o banco que promove o armazenamento do referido material.

De acordo com o art. 538 do CC-02, “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Partindo deste conceito, pode-se extrair quatro elementos fundamentais que caracterizam a doação: a) Contratualidade⁶²; b) Ânimo do doador de fazer uma liberalidade (*animus donandi*)⁶³; c) Transferência de bens ou de direitos do patrimônio do doador para o do donatário⁶⁴; d) Aceitação do donatário⁶⁵.

Quanto à natureza jurídica da doação, trata-se de contrato unilateral⁶⁶, gratuito⁶⁷, consensual⁶⁸, comutativo⁶⁹ e solene ou não solene⁷⁰.

No tocante a validade do contrato de doação, além dos pressupostos gerais reclamados por todos os negócios jurídicos, é indispensável o preenchimento dos pressupostos específicos, que lhes são peculiares: a) Pressuposto subjetivo: corresponde a capacidade ativa e passiva dos contraentes, uma vez que os absoluta ou relativamente incapazes não poderão doar, nem mesmo por representantes

⁶⁰ Anexo A

⁶¹ Anexo B

⁶² O Código Civil pátrio considerou expressamente a doação como um contrato, requerendo para a sua formação a intervenção de duas partes contratantes, o doador e o donatário, cujas vontades se entrosam para que se perfaça a liberalidade por ato *inter vivos* (DINIZ, 2008, p. 220-221).

⁶³ Ato do doador de sacrificar o seu patrimônio para beneficiar o de outrem, por querer, desinteressadamente, melhorar a situação econômica do outro (DINIZ, 2008, p. 222-223).

⁶⁴ O donatário deverá enriquecer na medida em que o doador empobrece (DINIZ, 2008, p. 224).

⁶⁵ Para que o contrato de doação seja considerado perfeito, de um lado tem-se o *animus donandi* do doador, de beneficiar o donatário e, do outro, a manifestação de vontade do beneficiário de consentir na liberalidade do doador, salvo quando a lei dispensar a aceitação (DINIZ, 2008, p. 225-227).

⁶⁶ O contrato de doação é unilateral, pois apenas uma das partes assume a obrigação em face da outra.

⁶⁷ O contrato de doação é gratuito, pois onera somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação, nos casos de doação pura ou simples.

⁶⁸ O contrato de doação é consensual, pois seu aperfeiçoamento se dá com a anuência das partes.

⁶⁹ O contrato de doação é comutativo, pois as partes já sabem de imediato quais são as prestações.

⁷⁰ O contrato de doação pode ser solene ou não solene: será solene no caso de doação de imóvel com valor superior a 30 salários mínimos; e será não solene nos casos envolvendo imóveis com valor igual ou inferior a 30 salários mínimos ou bens móveis. Nos dois casos não é necessária escritura pública, mas sim escrito particular (TARTUCE, 2014, p. 333).

legais; vale lembrar, também, que a capacidade ativa do doador pode faltar nos casos expressos no Código Civil, mais especificamente nos arts. 1.749, II⁷¹; 1.647, IV e parágrafo único⁷²; 544⁷³; 550⁷⁴ e 554⁷⁵; b) Pressuposto objetivo: para o contrato de doação ser considerado válido, o objeto precisará estar *in commercium*, ou seja, ser passível de comercialização, além de atender aos requisitos de licitude e determinabilidade; c) Pressuposto formal: o Código Civil impõe ao contrato de doação, no art. 541⁷⁶, forma escrita ao exigir que a doação seja feita por escritura pública ou particular; todavia admite, no parágrafo único, sua celebração por via verbal, quando versar sobre bem móvel de pequeno valor (DINIZ, 2008, p. 228-234).

Finalizada a explanação sobre os principais temas que recaem sobre o instituto da doação, busca-se trazer à tona os pontos conflituosos existentes entre o instituto em questão e o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos, amplamente difundido nos dias atuais, na tentativa de verificar se referido instrumento pode ser considerado um contrato de doação perfeito, ou não.

Iniciando a investigação pela aplicação dos requisitos gerais de existência, lembrando que referidos elementos apresentam-se como substantivos não adjetivados, tem-se que o instrumento objeto desta análise atende aos seguintes requisitos: agente (o doador); manifestação de vontade (a vontade é exteriorizada, conscientemente, no momento em que o doador se dirige até o banco de armazenamento, procede com a coleta e, posteriormente, disponibiliza o material coletado); objeto (o sêmen e/ou os ovócitos doados); e forma (a escrita).

Pois bem, visto que o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos existe, pois atende aos requisitos gerais, passa-se ao plano da validade. O primeiro pressuposto específico de validade é o subjetivo, exigindo capacidade e

⁷¹ Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade: II - dispor dos bens do menor a título gratuito.

⁷² Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

⁷³ Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

⁷⁴ Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

⁷⁵ Art. 554. A doação a entidade futura caducará se, em dois anos, esta não estiver constituída regularmente.

⁷⁶ Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir *incontinenti* a tradição.

legitimidade do agente. No caso da doação de gametas, o doador, além de atender aos requisitos da capacidade civil, necessariamente precisa se enquadrar nos requisitos especiais estipulados pela Resolução n. 2013/2013 do CFM, que determina que para ser doador de material genético a mulher deve ter entre 18 e 35 anos e o homem entre 18 e 50 anos, além de apresentar boa saúde, o que será aferido pelo banco no momento coleta.

Assim, em que pese as exigências específicas impostas pela Resolução do CFM, o requisito subjetivo pode ser facilmente suprido, bastando, para tanto, que o(a) doador(a) se encaixe dentro do pré-concebido.

Adiante, o segundo pressuposto específico diz respeito ao elemento objetivo da doação, pois para atingir a validade deve-se considerar como objeto “todo bem que esteja *in commercium*, ou seja, qualquer coisa que tenha expressão econômica e possa ser alienada. Incluem-se os bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, consumíveis e inconsumíveis (GONÇALVES, 2007, p. 259)”.

Ocorre que, como visto anteriormente, o corpo humano (incluindo o sêmen e os ovócitos) é tratado pela nossa Constituição e demais normas infraconstitucionais como um bem fora do comércio, ou seja, sem nenhuma expressão econômica. Por tal posicionamento ser considerado dominante, a doação de sêmen e ovócitos esbarra no pressuposto objetivo da doação.

Assim, tem-se que o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos, amplamente difundido no contexto biojurídico atual, não cumpre o requisito objetivo de validade, não sendo capaz de tipificar o referido instrumento como um contrato de doação perfeito, restando prejudicada a análise dos demais elementos.

Desta feita, o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos não se enquadra nos pressupostos específicos de validade do contrato de doação, não podendo assim ser puramente considerado, a menos que seja considerado exceção à regra.

Todavia, pode-se vislumbrar a possibilidade de enquadrar o citado instrumento não como doação, mas, como ato unilateral de vontade, seguindo, por analogia, o contido no art. 14 do CC-02, que assim expõe:

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.

De acordo com este artigo é válido o ato de disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, após a morte. Analogicamente, pode-se assemelhar o corpo morto com o sêmen e os ovócitos, o que tornaria o instrumento de doação voluntária de gametas um ato jurídico *stricto sensu*.

Como visto anteriormente, o ato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*), considerado espécie do ato jurídico lícito, apresenta “atuação volitiva do agente, mas a produção dos efeitos não se dá de acordo com seu querer, e sim submissa ao que a lei predeterminou em relação àquela atuação, que não comporta interferência ou modificação por parte da pessoa (MONTEIRO, 2007, p. 325)”.

Vale lembrar (tópico 4.1), também, que diferentemente do que ocorre no âmbito contratual, onde a doutrina sistematiza rígidos pressupostos para a validade do ato praticado, no âmbito dos atos jurídicos em sentido estrito a aplicação dos pressupostos de validade sofre certa limitação, podendo, neste caso, o elemento objetivo ser relativizado no sentido de não considerar nulo o ato de disponibilização gratuita de sêmen e/ou ovócitos, ainda que o objeto seja extrapatrimonial, pertinente ao seletivo grupo dos direitos da personalidade.

Assim, pode-se afirmar que o nominado instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos tem como natureza jurídica o ato jurídico *stricto sensu*, não negocial.

Aliás, pode-se apresentar como conclusão, que a denominação de doação existe muito mais em função do ato de transferência física do sêmen e dos ovócitos, do que propriamente pela aplicação da estrita definição de contrato de doação, prevista no Código Civil brasileiro.

5 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E OS INSTRUMENTOS DE DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO COM FINS A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

No quarto e último capítulo, após refutar a hipótese de que o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos apresenta natureza contratual, busca-se analisar os principais aspectos deste instrumento com ênfase para o dispositivo que garante o anonimato do doador, bem como chegar a um denominador final no tocante a colisão entre dois direitos fundamentais: o direito à identidade genética *versus* o direito ao anonimato do doador de material genético. Por fim, é feita uma incursão pela legislação alienígena, apontando como alguns países europeus (Noruega, França, Suécia, Suíça e Portugal) normatizaram o tema.

5.1 A PRERROGATIVA DO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO

No Brasil não há lei que regulamente a doação de material genético com fins a inseminação artificial heteróloga, muito menos normas que garantam o anonimato do doador de gametas. O que existe é uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução nº. 2013/2013), que traça diretrizes e estipula normas para a realização do procedimento.

Em conformidade com a citada Resolução do CFM, para ser doador de gametas a mulher deve ter entre 18 e 35 anos e o homem entre 18 e 50 anos. Todos os doadores devem ser saudáveis, não usar drogas injetáveis, não pertencer ao grupo de risco para doenças sexualmente transmissíveis (DST), não apresentar doenças genéticas e nem congênitas na família.

Superada a caracterização do doador, passa-se à análise dos instrumentos jurídicos relacionados a esta prática, dando ênfase à cláusula que assegura o anonimato do doador.

Dentre os instrumentos que versam sobre a concessão gratuita de material genético do homem ou da mulher a determinada clínica de reprodução humana assistida ou banco de armazenamento, destacam-se o “instrumento de doação voluntária de sêmen” e o “instrumento de doação voluntária de ovócitos”.

Nos mencionados documentos constam itens nos quais o doador ou

doadora expressam sua concordância com determinadas situações, quais sejam: 1) instrumento de doação voluntária de sêmen: a utilização de seu sêmen em casos onde o homem apresenta esterilidade, deficiência na ejaculação, escassez de espermatozoides etc., a responsabilidade exclusiva da clínica de reprodução humana assistida no que tange à escolha da pessoa ou casal receptor, o sigilo da identidade do doador, do receptor e da criança gerada; 2) instrumento de doação voluntária de ovócitos: a utilização de seus ovócitos por outras mulheres em idade reprodutiva e com infertilidade constatada, a responsabilidade exclusiva da clínica de reprodução humana assistida no que tange à escolha da pessoa ou casal receptor, o sigilo da identidade da doadora, do receptor e da criança gerada.

No que tange ao dispositivo que garante o anonimato do doador, a resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, nos itens 2 e 4 do capítulo IV, estabelece:

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4 - 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.

Percebe-se que referida resolução prevê o anonimato do doador de material genético como dogma absoluto, face à insuficiência de legislação pertinente no Brasil, permitindo apenas, por motivação médica, que informações genéticas do doador sejam repassadas a médicos, desde que mantida em sigilo a sua identidade civil.

O problema envolvendo o anonimato do doador de gametas surge quando entende-se que caracteriza uma ramificação do direito fundamental à privacidade, previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que assevera: “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”.

Ao analisar o inciso X, verifica-se que a privacidade foi considerada um direito diverso do direito à intimidade, à honra e à imagem. Portanto, parece ter optado o

legislador constituinte por uma teoria que entende como distintas a vida privada e a vida íntima.

Buscando esclarecer esta distinção, o constitucionalista Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros (FERRAZ JÚNIOR, 1992, p. 79).

Sobre a mesma temática, o professor Vidal Serrano acrescenta:

“A intimidade pode ser entendida como uma esfera mais íntima, mais particular, mais reservada do ser humano. Já a vida privada, seria uma esfera menos íntima, mas não muito abrangente. A primeira corresponderia ao “próprio eu”, ao interior de cada indivíduo. Os pensamentos, as sensações, aquilo que o indivíduo não exporia ou dividiria nem mesmo para com as pessoas com quem convive em seu núcleo familiar. A vida privada pode-se dizer que é o relacionamento entre familiares. Caracteriza-se por ser menos privado, menos íntimo, é partilhado com um número reduzido de pessoas como filhos, esposo (a), pais e até mesmo com amigos mais íntimos (SERRANO, 1997, p. 31).

De acordo com os trechos acima transcritos, é possível extrair que a intimidade diz respeito ao modo de ser da pessoa e não experimenta qualquer forma de repercussão social, enquanto a vida privada (mais ampla que a esfera íntima) envolve situações de opção pessoal que em alguns momentos poderão requerer a comunicação a terceiros.

Após elucidar a diferenciação entre intimidade e privacidade, vale estabelecer que o direito ao sigilo da identidade do doador diz respeito à sua vida privada, pois envolve uma situação em que somente a pessoa, no caso o doador, pode escolher se a revela ou não. Ademais, para aqueles que defendem que o anonimato está amparado pelo direito à intimidade, vale lembrar que este último já se encontra prejudicado desde o momento em que o doador se dirige à clínica e se identifica, bem como preenche uma série de documentos a respeito do seu biotipo (altura, cor dos olhos, cor da pele, etc) e da sua saúde física e mental. A intimidade, como elucidou Tércio Sampaio e Vidal Serrano, corresponde ao interior do indivíduo, ao mundo intrapsíquico de cada um, de forma que o anonimato do doador de gametas

não encontra amparo no direito fundamental à intimidade, mas sim no direito à privacidade.

Amparado por um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, o direito à privacidade, considerado um direito da personalidade, visa proteger o indivíduo das interferências alheias, de modo que ele possa exercer suas atividades na esfera privada à margem de restrições e intromissões.

Não é fácil demarcar com precisão o campo protegido pela Constituição. É preciso notar que cada época valoriza um tipo específico de “coisa privada”.

Neste sentido, em que pese as autoras Adriana Ferreira e Karla Cunha não tenham a devida distinção constitucional entre intimidade e privacidade, ambas defendem a manutenção do segredo da identidade do doador:

“O direito à intimidade consiste na proibição de qualquer forma de divulgação dos dados de nossa existência sem a devida autorização da pessoa, no sentido de que todos têm o direito à reserva sobre o conhecimento de sua vida íntima. Em outras palavras, a intimidade é a autonomia inerente ao ser humano de preservar os aspectos íntimos de sua vida, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, referem-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo. Assim sendo, não poderia haver entendimento diverso nos casos de Reprodução Humana Assistida, nos quais o doador de material genético tem o direito de manter em segredo a sua identidade, preservando a sua intimidade (CUNHA e FERREIRA, 2008)”.

Eduardo de Oliveira Leite também apresenta opinião favorável ao anonimato do doador, para ele:

“[...] 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 (LEITE, 1995, p. 145)”.

Segundo o autor, o anonimato evita a intenção de estabelecer o parentesco legal, pleitear direitos sucessórios ou pensão alimentícia do genitor biológico. Para ele, “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção legal do desinteresse daquele que contribui na sua formação (LEITE, 1995, p. 339)”.

Saindo do enfoque jurídico, no site do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP)⁷⁷, é possível encontrar inúmeras opiniões de profissionais da área da saúde numa discussão quanto a manutenção ou não do anonimato dos doadores de sêmen. Destacáveis duas opiniões:

“Em primeiro momento, vejo mais desvantagens. Se pensarmos no risco e benefícios, pode trazer consequências de ordem jurídica como ações judiciais de pedido de pensão ou heranças. Alegar o direito de saber quem é o pai biológico é um endeusamento da biologia; é valorizar o laço biológico, quando ele tem cada vez menos importância. Quem é o pai? O sujeito que cria com amor e carinho ou aquele que, por motivos que desconhecemos, resolveu doar um pouco de sêmen? A identificação dos doadores fará com que ninguém mais queira doar”.

MARCO SEGRE

Médico ex-conselheiro do CREMESP e titular aposentado de Bioética da FMUSP

“Sou favorável à Resolução 2013/2013 do CFM, de cuja elaboração eu participei. Ela diminui o risco de casamentos consanguíneos, embora não os elimine totalmente. Também prevê o anonimato, mas os dados do doador devem ser preservados e mantidos em sigilo, caso seja necessário procurar uma doença que tenha relação com a ancestralidade no futuro. Tornar a identificação do doador obrigatória seria um desestímulo à doação. É preciso contrabalançar os argumentos. Quantas pessoas serão beneficiadas pela quebra do anonimato em nome do direito da pessoa que vai nascer? Acredito que o número de prejudicadas será maior do que a de beneficiadas. Por enquanto, acho importante preservar o anonimato, mas, no futuro talvez seja preciso chegar a um consenso que contemple mais satisfatoriamente as várias correntes. Como solução intermediária penso que aquele doador que quiser ter sua identidade revelada, pode tê-la. Mas o receptor também tem de saber que o trato é esse”.

GABRIEL OSELKA

Pediatra, diretor do Centro de Bioética do CREMESP

Na visão dos profissionais da saúde, uma importante observação é a possibilidade de diminuição do número de doações, uma vez que a maioria dos doadores não tem o interesse de ter a identidade revelada por medo de, no futuro, a criança gerada vir a exigir em juízo os seus direitos como filho biológico. Ademais, no Brasil, os doadores não recebem nenhuma vantagem pecuniária em troca da doação, é um ato completamente altruísta.

Por fim, é possível perceber a fragilidade do assunto, uma vez que a literatura não é uníssona sobre o tema. Há autores que defendem o anonimato, com fulcro no direito fundamental à privacidade; enquanto outros alegam que o direito à identidade genética tem seu fundamento nos direitos da personalidade (espécie do gênero direitos fundamentais), não podendo, pois, ser obstaculizado.

⁷⁷ Disponível em <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=133>> Acesso em: 25/04/2015.

5.2 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *versus* DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO

Como mencionado anteriormente, o direito à identidade genética possui fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, considerado espécie do gênero direitos fundamentais – logo é garantido a todos.

Aprofundando o que foi exposto no tópico 3.1, do direito a historicidade pessoal, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem, extrai-se três importantes ilações:

Em primeiro lugar o direito a historicidade pessoal envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado ou, mais amplamente, o direito a conhecer o patrimônio genético, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade. Daqui resultam duas consequências imediatas: a) por um lado, deve ter-se como inconstitucional qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respectivo patrimônio genético; e b) não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo que possam impedir alguém de conhecer a respectiva origem e o patrimônio genético (OTERO, 1999, p. 72).

Em segundo lugar, o direito a historicidade pessoal compreende, além do referido direito de conhecer a forma como foi gerado, o concreto direito de cada ser humano de conhecer a identidade de seus progenitores, daqui resultando dois principais efeitos: a) desde logo, deve-se considerar proibida e, por isso mesmo, inconstitucional, qualquer regra de anonimato do doador do material genético; b) todo o ser humano tem o direito de saber quem são os seus pais biológicos (OTERO, 1999, p. 73).

Em terceiro e último lugar, o direito a historicidade pessoal envolve a proibição de privação deliberada de família. Trata-se de uma proibição que resulta da tutela do direito ao desenvolvimento integral da personalidade e instrumento garantidor do próprio valor da família, em suas múltiplas faces, como elemento natural e fundamental da sociedade, encontrando-se o Estado vinculado a assegurar um ambiente familiar saudável que proporcione o pleno desenvolvimento do novo

ser. Resultam daqui dois principais efeitos: a) ninguém pode, de forma intencional, consentir ou participar num processo de procriação artificial que vise criar uma vida humana privada de um contexto familiar; e b) cada novo ser tem direito a uma filiação, enquanto expressão do verdadeiro direito a um ambiente familiar saudável (OTERO, 1999, p. 75-76).

Ao analisar estas ilações, tem-se reforçada a ideia de que a origem genética é um direito impregnado no sangue da espécie *homo sapiens*, que vincula todas as gerações ancestrais, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem averigue a sua procedência.

Sob a ótica interdisciplinar, o direito à identidade genética deve ser garantido por inúmeras razões, tanto de natureza biológica, com o intuito de prevenir doenças, quanto de natureza sócio-jurídica, para evitar as uniões incestuosas e ainda as de natureza psico-social, referentes à garantia de um bom desenvolvimento psicológico e social da criança (CUNHA e FERREIRA, 2008).

Vislumbrando a ótica psicológica, a presente pesquisa tomou por base duas importantes reportagens trazidas pelas revistas ISTO É⁷⁸ e Época⁷⁹, sobre o movimento iniciado por jovens gerados com doação anônima de óvulos e espermatozoides, pelo direito de conhecer seus pais biológicos. De acordo com ambas as reportagens, a organização americana Commission on Parenthood's Future⁸⁰ realizou uma pesquisa que consistiu em ouvir 485 pessoas, de diversas nacionalidades, entre 18 e 45 anos, concebidas com sêmen de doadores anônimos. Os resultados obtidos foram os seguintes: metade dos entrevistados afirma se sentir incomodada pelo fato de haver dinheiro envolvido em sua concepção⁸¹, dizem imaginar se podem ser parentes de uma pessoa que se parece fisicamente com eles e temem se sentir atraídos sexualmente por alguém que pode ser seu parente. Dois terços dos entrevistados gostariam de ter acesso aos dados do doador. A saúde também é afetada. Eles são duas vezes mais propensos a abuso de substâncias químicas quando comparados com quem conhece os pais biológicos. E têm uma vez e meia mais chances de apresentar distúrbios psicológicos.

⁷⁸ Anexo C

⁷⁹ Anexo D

⁸⁰ Tradução livre: Comissão sobre o Futuro da Paternidade/Maternidade

⁸¹ Nos bancos de sêmen americanos o doador recebe pagamento pelo material genético coletado. O valor varia entre US\$ 50 e US\$ 100, por coleta.

O resultado do estudo, que se materializou em um livro chamado “O nome do meu pai é Doador”, causou surpresa até mesmo entre os pesquisadores americanos. Eles também entrevistaram 562 pessoas que foram adotadas quando eram crianças e descobriram que a mágoa é muito maior entre os filhos de doadores anônimos do que entre os adotados que, teoricamente, teriam sido rejeitados pelos pais biológicos.

De fato, não se podem deixar de lado os efeitos psicológicos que este tipo de procedimento acarreta nas pessoas fruto de inseminação artificial heteróloga. O depoimento da inglesa Narelle Grace, de 27 anos, uma das entrevistadas pela organização americana, traduz o sentimento de angústia sentido pela maioria dos entrevistados ao contar que o espermatozoide de seu pai biológico foi usado para fertilizar outras oito mulheres e hoje se pergunta onde estarão seus oito meio-irmãos: “pelo mundo há toda uma família que eu nunca vou conhecer e que nunca vai saber da minha existência”, e acrescenta: “eu não condenaria uma criança a crescer da maneira como eu cresci”.

Por outro lado, não se pode olvidar o direito fundamental ao anonimato do doador de material genético, que também encontra amparo constitucional. De acordo com o que foi visto no tópico anterior, alguns autores afirmam que a nossa Carta Magna abrange o direito ao sigilo da identidade do doador quando expõe, no art. 5º, inciso X, sobre a inviolabilidade da privacidade. De acordo com este raciocínio, o doador de material genético faz a doação amparado pela garantia de que não terá sua privacidade revelada, visto que a quebra do sigilo geraria situações bastante desagradáveis. Vale lembrar que quem doa o sêmen não visa constituir família, o faz por mero altruísmo (no Brasil), devendo a vontade de manter o anonimato ser levada em consideração.

Destarte, é possível observar que muitas questões polêmicas levantam-se sobre o tema, pois a formação dessa nova família com patrimônio genético diverso do habitual carece de garantias jurídicas, principalmente no que tange ao citado conflito entre o direito fundamental ao anonimato do doador de material genético e o direito fundamental à identidade genética da pessoa fruto do procedimento de inseminação artificial heteróloga.

5.2.1 Colisão de direitos fundamentais – Qual direito deve prevalecer?

A ausência de uma legislação brasileira específica que regule as técnicas de inseminação artificial dá origem a um cenário de grande instabilidade jurídica que se ergue com a utilização de tais técnicas.

Neste cenário, merece destaque o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador, como vertentes de dois direitos fundamentais – o direito da personalidade e o direito à privacidade – os quais, no caso de reprodução humana assistida heteróloga, entram em colisão de interesses.

Todavia, antes de adentrarmos no mérito da colisão de direitos fundamentais, passa-se a tecer breves ilações sobre a teoria da disponibilidade relativa dos direitos da personalidade.

Como trabalhado anteriormente, dentre as características dos direitos de personalidade destaca-se a indisponibilidade, ou seja, é praticamente pacífico entre os doutrinadores brasileiros que os direitos da personalidade são indisponíveis por estarem fora do comércio e não possuírem valor econômico.

Todavia, de acordo com esta nova teoria, pessoa e corpo são categorias distintas, sendo o corpo algo externo à pessoa, podendo esta exercer poderes sobre ele. Assim, a pessoa é proprietária de seu corpo, podendo exercer sobre ele “algumas faculdades de disposição ou alienação parcial, não podendo terceiros interferir no uso que a pessoa resolva fazer a respeito de seu próprio corpo. Para esta doutrina, há a possibilidade de incidência da autonomia privada sobre os bens da personalidade (BORGES, 2007, p. 114-115)”.

Quanto aos bens jurídicos de personalidade, estes passam a ingressar no comércio jurídico, mas não no conceito de comércio enquanto atividade comercial, neste trabalho “comércio jurídico é sinônimo de trânsito jurídico”. Dessa forma, “se um bem jurídico pode ser objeto de relação jurídica, pode-se dizer que ele pode ingressar no comércio jurídico, mesmo que se trate de relação jurídica extrapatrimonial (BORGES, 2007, p. 115)”.

Assim, sob esta ótica, o direito ao respeito à vida privada “não é uma espécie dos direitos da personalidade, mas a finalidade destes, já que é na sua esfera de liberdade privada que cada pessoa, escolhendo como conduzir sua própria vida, terá oportunidade de desenvolver livremente sua personalidade (BORGES, 2007, p. 113)”.

Dito isto, volta-se para o mérito. Buscando indicar a melhor solução para o conflito existente entre o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético deve-se, primeiramente, demonstrar como solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais em questão baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada quando o conflito em questão envolve princípios. Embora “os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexistente qualquer espécie de hierarquia entre eles (CUNHA e FERREIRA, 2008)”.

Nas palavras do professor Wilson Antônio Steinmetz:

“As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática (STEINMETZ, 2001, p. 69)”.

Assim, a colisão de direitos fundamentais se caracteriza quando a Constituição Federal tutela, ao mesmo tempo, dois ou mais valores que no caso em concreto se apresentam em contradição. Diante deste conflito, é necessário lançar mão de um critério jurídico capaz de permitir a ponderação dos valores contrapostos diante de cada situação concreta, buscando o sacrifício mínimo dos direitos envolvidos, uma vez que os mesmos não poderão ser excluídos, já que a colisão não indica que os direitos são contrários uns aos outros, sendo apenas opostos quando analisados sob o mesmo prisma.

Neste sentido, diante da impossibilidade de exclusão de um dos direitos fundamentais conflitantes, lançasse mão da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para o professor Steinmetz, o princípio da proporcionalidade “permite uma decisão de preferência entre os direitos fundamentais em conflito, determinando qual direito, e em que medida, prevalecerá sobre o outro, pondo fim à colisão (STEINMETZ, 2001, p.145)”.

Nas palavras de Vitor Hugo Nicastro Honesko, referido princípio pode ser conceituado como:

“[...] o balizador dos argumentos juridicamente utilizados pelo julgador, a fim de contrabalancear os princípios que se encontram em rota de colisão ante um caso concreto. Daí ser a proporcionalidade o instrumento por excelência para a concretização da própria ideia do Direito que, desde a Antiguidade, busca a proporção, ou seja, o equilíbrio harmônico entre valores que se contrapõem (HONESKO, 2006, p. 132)”.

Em suma, para que uma decisão obedeça ao princípio da proporcionalidade ela deverá ser adequada, ou seja, deverá atingir a finalidade desejada, causando o menor prejuízo possível à pessoa, e proporcional, na medida em que as vantagens trazidas sejam superiores às desvantagens.

Aplicando o referido princípio ao caso *in concreto*, para solucionar o conflito existente entre o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador, precisa-se apreciar as particularidades de cada caso, ou seja, deve-se analisar os principais motivos que poderiam levar a pessoa fruto de inseminação por doador anônimo a desejar conhecer a sua ascendência genética, os quais destacam-se: a necessidade psicológica de conhecer a origem genética; a possibilidade de evitar uniões incestuosas; e a preservação da saúde e vida da pessoa fruto de inseminação artificial heteróloga quando acometida de grave doença genética.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não admite a existência de um sigilo que prejudique a formação psicológica e social da criança gerada por meio de inseminação artificial, uma vez que, ao negar-lhe o direito de conhecer seus pais biológicos, estaria restringindo-lhe as respostas para os questionamentos acerca de suas características fenotípicas, da índole e do comportamento social, o que influenciaria no desenvolvimento da sua própria identidade (CUNHA e FERREIRA, 2008).

A revelação das origens biológicas, com o intuito de conhecer possíveis impedimentos para o casamento, evitaria a formação de vínculos parentais que afrontem a moral, os costumes e até mesmo o ordenamento jurídico, ou seja, o acesso dos filhos aos dados dos pais biológicos evitaria possíveis uniões

incestuosas e, a partir destas uniões, a geração de filhos com maior probabilidade de apresentarem problemas genéticos⁸² (CUNHA e FERREIRA, 2008).

Quanto à necessidade da criança conhecer o ascendente para a preservação de sua saúde e vida, nos casos de grave doença genética, é inegável que o direito ao conhecimento das origens genéticas deve prevalecer em detrimento do direito ao anonimato do doador de gametas, uma vez que o valor vida, neste caso concreto, se sobrepõe ao valor privacidade.

Pelo exposto, o que se extrai é que a privacidade de uma pessoa não pode ter um valor maior que a vida de outra, uma vez que a vida é o maior bem da pessoa, a expressão máxima do princípio da dignidade da pessoa humana, merecendo uma proteção mais ampla pelo ordenamento.

Além disso, vale lembrar que o direito à identidade genética não implica no desfazimento da filiação jurídica, muito pelo contrário, caracteriza-se por ser um direito personalíssimo e constitucional da criança que venha a sentir a necessidade de conhecer suas origens, não podendo o Estado ou terceiros obrigá-la a conhecê-las se não for do seu interesse.

Pelo exposto, analisando cada caso com as peculiaridades que lhes são típicas, não restam dúvidas de que o direito da pessoa gerada por inseminação artificial heteróloga de conhecer sua origem genética deve prevalecer, se assim lhe interessar, em detrimento do direito à privacidade do doador, uma vez que a diminuição da proteção à privacidade, na maioria dos casos concretos, pode gerar apenas uma situação desconfortável, enquanto o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do indivíduo como um todo, gerando-lhe graves sequelas psicológicas e sociais.

⁸² “Sabidamente, a natureza criou um recurso que faz com que genes problemáticos fiquem guardados em seu cromossomo esperando para, quem sabe um dia, serem extintos. São os genes recessivos, que para virem à tona precisam juntar suas forças a outro idêntico a eles.

Digamos que uma pessoa tenha um recessivo ligado à fenilcetonúria, uma doença rara que causa retardo mental. Para que um filho desta pessoa nasça com problemas, teria que encontrar um parceiro que também tenha esse gene (menos de 2% de risco). E, mesmo assim, a chance de os dois recessivos se encontrarem seria de apenas 25%. Fazendo as contas, o risco não passa de 0,5%.

Entre parentes, o jogo muda. Considerando o cruzamento genético e o papel do ambiente no desencadeamento de problemas, as chances de um recessivo se manifestar é de 50%. No caso da fenilcetonúria, portanto, o risco é 100 vezes maior que entre desconhecidos.

É claro que, à medida que o grau de parentesco diminui, o sangue vai se misturando e os riscos de surgirem complicações também se diluem (BALLOUSSIER, Anna Virginia. Por que filhos de incestos nascem com problemas genéticos? *In* Revista Superinteressante. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/por-que-filhos-de-incestos-nascem-com-problemas-geneticos>> Acesso em: 30/07/2015)”.

5.3 EXEMPLOS DA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Como exposto anteriormente, o direito à identidade genética é posto em xeque quando se defende o anonimato do doador. Sobre o tema, a comunidade internacional encontra-se dividida, não há consenso na doutrina (que é escassa) e muito menos na legislação aplicável em cada país. Assim, passa-se a tecer breves considerações sobre como o tema é tratado pela legislação alienígena.

Segundo a pesquisadora portuguesa Stela M. de A. Neves Barbas, o tema em questão apresenta duas posições distintas: “as dos países de influência anglo-saxônica e germânica que repudia o anonimato e a dos países de influência francesa que o preconiza (BARBAS, 1998, p. 169)”.

Já em 1982 a União Europeia publicou um texto denominado “Projeto de Recomendação sobre a Inseminação nos Seres Humanos”, que perfilhou a tese do anonimato. Este Projeto teve relevante valor jurídico, pois seu objetivo era promover nos estados membros uma legislação uniforme sobre o tema (BARBAS, 1998, p. 170).

Nos termos do artigo 5º deste Projeto:

“O médico e pessoal do estabelecimento hospitalar que recebe esperma ou que realiza inseminação artificial tem o dever de preservar o segredo da identidade do doador e, sob reserva das disposições da lei em caso de processo judicial, da identidade da mulher e, caso seja casada, da do seu marido, e ainda o segredo sobre a realização da própria inseminação artificial [...] o médico não deverá proceder à inseminação se as condições desta tornam improvável a manutenção do segredo”.

Neste Projeto, no artigo 7º, há ainda disposição expressa quanto à ligação de filiação entre o doador e a criança gerada, *in verbis*: “Nenhuma ligação de filiação entre o doador e a criança concebida por inseminação artificial pode ser estabelecida”.

Na Noruega, a Lei n. 68/1987, relativa à fecundação artificial consagra o princípio do anonimato no artigo 10, que assim determina: “O pessoal de saúde é obrigado a preservar o anonimato do doador de esperma. Este não deve receber qualquer informação sobre a identidade do casal ou da criança”.

Na França, a Lei 653/1994, relativa ao respeito do corpo humano, proíbe a divulgação de informações que permitam a identificação do doador.

Na Suécia, a Lei 1140/1984, sobre inseminação artificial, proíbe o anonimato do doador e concede às crianças nascidas por procriação artificial o direito de conhecerem os seus progenitores biológicos ao atingirem a idade de dezoito anos. Nos termos do artigo 4º – “toda a criança concebida por inseminação artificial, quando atingir um grau de maturidade suficiente, tem o direito de acesso aos dados relativos ao doador que se encontrem no registro especial do hospital. Incumbe ao Comitê da Previdência Social ajudar a criança a obter as informações desejadas”.

No âmbito constitucional, a Suíça foi pioneira em estabelecer limites aos avanços da genética, isso no ano de 1992. De acordo com a jurista Selma Rodrigues Petterle, o art.119 da Constituição Suíça declara que:

“O ser humano deve ser protegido contra os abusos em matéria de procriação medicamente assistida e de engenharia genética, bem como determina que a Confederação legisle quanto à utilização do patrimônio germinal e genético humano, assegurando a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família, orientada particularmente pelos seguintes princípios: proibição de qualquer forma de clonagem e de intervenção no patrimônio genético dos gametas e dos embriões humanos; inadmissibilidade da fusão entre o patrimônio genético humano e não-humano; admissibilidade do recurso às técnicas de reprodução assistida somente nos casos em que a infertilidade não possa ser excluída ou no caso de perigo de transmissão de doenças graves, e não para a escolha de determinadas características ou para fins de investigação, somente admite a fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher nos casos e condições previstas em lei; determina a implantação de todos os óvulos fecundados fora do corpo da mulher; proíbe a doação de embriões e todas as formas de maternidade de substituição; não permite o comércio de material germinal humano e nem mesmo dos produtos do embrião, admite a investigação do patrimônio genético de uma pessoa somente com o consentimento deste ou em virtude de lei, declarando que toda pessoa terá acesso aos dados relativos aos seus ascendentes (PETTERLE, 2007, p. 56-57)”.

No direito português, após a revisão constitucional de 1997, consagrou-se expressamente a garantia da identidade pessoal e, conseqüentemente, da identidade genética do ser humano, introduzida no art. 26 da Constituição da República Portuguesa, que assim estabelece – “A todos são reconhecidos os direitos a identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, a capacidade civil, a cidadania, ao bom nome e reputação, a imagem, a palavra, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e a proteção legal contra qualquer forma de discriminação”.

Pelo exposto, em que pese a falta de consenso sobre o tema, tem crescido, de modo espantoso, tanto na comunidade internacional quanto na nacional, o apoio

à tese de que todo o indivíduo deve ter garantido o direito de conhecer a identidade do doador de material genético que lhe deu origem. O anonimato conduz ao nascimento de uma pessoa sem raízes, ou seja, de uma pessoa que não terá o direito de conhecer a definição integral da sua própria identidade.

Por fim, diante do atual cenário biotecnológico, a genética se constituiu numa área científica que além de estar em permanente evolução não tem conteúdo perfeitamente delimitado no sentido de ser difícil distinguir com clareza o que já é ciência e o que ainda é ficção. Neste sentido, cabe à comunidade jurídica, nacional e internacional, o papel de fomentar o debate sobre a concepção de uma nova geração de normas jurídicas para defesa do corpo humano, capaz de disciplinar questões específicas sobre a reprodução humana assistida, suas consequências e implicações.

CONCLUSÃO

Desde a antiguidade o homem demonstra interesse em refletir sobre o conceito de pessoa e promover a sua evolução, o que possibilitou penetrar no atual debate bioético e biojurídico, sobretudo no contexto da discussão em torno do direito à identidade genética.

Diante deste cenário, a sociedade viu eclodir grandes discussões em torno dos novos direitos, também denominados direitos de quarta geração, decorrentes das pesquisas biotecnológicas contemporâneas. Assim, a bioética busca fornecer ao biodireito balizas e parâmetros, revelando-lhe quando um valor humano deverá ser normatizado pelo direito positivo, afim de proteger a vida humana e garantir a sobrevivência do ecossistema vital.

Atualmente, não restam dúvidas de que os métodos científicos auxiliam na formação de uma família, contemplando-a com o filho desejado. Tentando acompanhar esta nova concepção de vida humana o sistema jurídico pátrio tem notado, nos últimos vinte anos, um movimento científico e social em direção ao conhecimento das origens genéticas.

No intuito de clarear alguns conceitos relevantes para a discussão travada, buscou-se traçar um panorama histórico sobre o estudo da biogenética, desde os gregos até a consagração do Projeto Genoma Humano, bem como examinou-se os conceitos técnicos de inseminação artificial intracorpórea (*in vivo*), extracorpórea (*in vitro*), homóloga e heteróloga.

No que concerne à proteção jurídica conferida ao direito à identidade genética no âmbito da legislação constitucional pátria, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade (considerado espécie do gênero direitos fundamentais), elevou-se o direito à identidade genética à posição de direito fundamental implícito na ordem constitucional. Isto se justifica na medida em que o rol de direitos fundamentais estampados no art. 5º não é exaustivo, restando aberta a possibilidade de identificar outros direitos e garantias fundamentais que não os positivados, conforme estabelece o § 2º do art. 5º da nossa Carta Magna.

Assim, diante do fundado desejo de conhecer a ascendência biológica, inúmeros discursos no sentido de afastar o segredo sobre a identidade dos doadores de gametas têm ganhado notoriedade no meio jurídico. Todavia, referido

discurso não é pacífico no meio doutrinário, pois existem os que defendem que o direito ao anonimato do doador de material genético apresenta-se como uma ramificação do direito fundamental à privacidade, previsto no art. 5º, inciso X, da nossa Constituição Federal.

Destarte, instaurou-se um embate entre dois direitos fundamentais: de um lado o direito à identidade genética, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade; do outro o direito ao anonimato do doador de material genético, apoiado no direito fundamental à privacidade.

Após estudo buscando indicar a melhor solução para a colisão envolvendo direitos fundamentais, chegou-se a conclusão de que tal conflito deve ser dirimido aplicando-se o princípio da proporcionalidade. De acordo com este princípio busca-se a proporção, ou seja, o equilíbrio harmônico entre os valores constitucionais que se contrapõem.

Pela aplicação deste princípio é inconteste que o direito da pessoa gerada a partir da doação anônima de gametas de conhecer sua origem genética deve prevalecer em relação ao direito à privacidade, uma vez que a diminuição da proteção à vida privada, neste caso concreto, gera apenas poucos embaraços, ao passo que o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do indivíduo como um todo, gerando-lhe graves sequelas psico-sociais.

Importante mencionar que o direito à identidade genética busca salvaguardar a constituição genética individual e irrepetível de cada ser humano, enquanto base biológica de sua identidade pessoal. Quanto ao doador, a este não se implica qualquer obrigação e tão pouco o coloca como pai/mãe da criança, pois não gera direito à filiação, conforme estabelece o art. 1.597, inciso V, do CC-02.

Visitando a legislação alienígena, constatou-se que não há consenso na doutrina (que é escassa) e muito menos na legislação aplicável em cada país. Enquanto na Noruega e na França a lei preconiza o anonimato do doador de material genético; na Suécia, Suíça e Portugal a legislação declara que toda pessoa tem o direito de acessar os dados relativos aos seus ascendentes.

Dito isto e partindo para a esfera do direito negocial, tem-se que o Código Civil regula uma diversidade de negócios jurídicos, todavia, existem outros tantos que carecem de regulação, dentre eles destacam-se os que envolvem material genético humano.

A multilateralidade deste novo negócio jurídico, de plano, já evidencia que não se trata de um instituto sujeito ao clássico regime dos contratos. Isto porque o procedimento de acesso ao patrimônio genético não é uma relação linear bipolar, mas sim, um complexo emaranhado de elos jurídicos entre as partes cujo objeto comum esbarra na definição do termo vivo que, segundo os geneticistas, corresponde a um bem isento de subjetividade, onde a matéria é radicalmente dissociada de sua dimensão psíquica, antropológica, moral e espiritual.

Em que pese a tentativa científica de despersonalizar ou coisificar o indivíduo, a ordem jurídica nacional protege amplamente o ser humano, e busca protegê-lo de si mesmo e dos interesses da sociedade, no que tange a disponibilidade do seu corpo. No Brasil, tanto a norma constitucional quanto a infraconstitucional dispõem sobre a vedação da comercialização de material biológico. Assim, pelo fato da norma considerar inválido o contrato oneroso que envolve disponibilização de material genético, a sociedade usualmente recorre à doação (contrato gratuito) de gametas para assegurar a descendência.

Ocorre que compulsando a doutrina nacional e internacional, quando se trata de contrato de doação de sêmen e ovócitos, nada se encontra a respeito desta espécie de doação, o que nos levou a examinar, de forma genérica, o instituto contratual da doação tal qual se apresenta no Código Civil brasileiro, para posteriormente confrontá-lo com o Instrumento de Doação Voluntária de Sêmen e o Instrumento de Doação Voluntária de Ovócitos, documentos estes que vêm sendo amplamente utilizados nas relações entre o doador de material genético e a clínica ou o banco que promove o armazenamento do referido material.

Para proceder com esta confrontação, foram analisados os dois instrumentos supracitados sob a ótica da teoria tricotômica do negócio jurídico, a fim de verificar se referidos documentos cumpriam os requisitos de existência, validade e eficácia para a plena realização do negócio.

Partindo a análise do plano de existência, viu-se que o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos existe, pois atende aos requisitos gerais impostos. Quanto ao plano de validade, constatou-se que o documento atende ao requisito subjetivo, todavia esbarra no elemento objetivo, pois para atingir a validade deve-se considerar como objeto todo bem que esteja *in commercium*, ou seja, qualquer coisa que tenha expressão econômica e o corpo humano, incluindo o

sêmen e os ovócitos, é considerado pela Constituição pátria um bem fora do comércio, sem nenhuma expressão pecuniária.

Assim, tem-se que o instrumento de doação voluntária de sêmen e/ou ovócitos, amplamente difundido no contexto biojurídico atual, não cumpre o requisito objetivo de validade, não sendo capaz de tipificar o referido instrumento como um contrato de doação perfeito, restando prejudicada a análise dos demais elementos.

Todavia, pode-se vislumbrar a possibilidade de enquadrar o citado instrumento não como doação, mas, como ato unilateral de vontade, seguindo, por analogia, o contido no art. 14 do CC-02, que entende como válido o ato de disposição gratuita do próprio corpo após a morte, desde que com objetivo científico ou altruístico. Assim, sob a ótica da analogia, pode-se assemelhar o corpo morto com o sêmen e os ovócitos, o que torna o instrumento de doação voluntária de gametas um ato jurídico *stricto sensu*, não negocial.

Por derradeiro, é visível que a comunidade jurídica e filosófica tem se preocupado, cada vez mais, com os avanços decorrentes da genética aplicada às ciências da vida e conseqüente definição de normas que estejam em consonância com o respeito aos direitos humanos. É evidente que o reforço da armadura legal, por si só, não vai evitar todos os perigos, fantasmas e medos que estão no caminho desta nova era tecnológica, mas, diante do atual vazio legal, o direito materializado na regra jurídica apresenta-se como o único instrumento capaz de determinar o reino do que é lícito ou ilícito no atual cenário biotecnológico.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

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

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direitos Constitucional**. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas: Sevanda, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 12ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **A definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas**. In *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, nº 13, out/dez 2010.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier Baez; CASSEL, Douglas (Orgs.). *A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011.

CIOCCI, D.; Viana, R. G. C.; BORGES JÚNIOR, E. **Aspectos legais na utilização de doação de gametas e embriões nas técnicas de reprodução humana assistida**. *Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida*, v. 13, p. 35-36, 2009. Disponível em <http://www.jbra.com.br/mensagem/pub/mensagem.php?id_mensagem=custom_arquive&lingua_atual=_ing> Acesso em: 10/08/2014.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução humana assistida: direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador.** Publicado em 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/Article.php?story=20081209105317401&mode=print> Acesso em: 10/04/2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estudo Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2008.

Enciclopédia de Bioética. 1ª ed. New York: Free Press-Macmillan, 1978.

Enciclopédia de Bioética. 2ª ed. New York: MacMillan, 1995.

FERNANDES, José de Souza. **Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia.** In Biotecnologia, Direito e Bioética. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** In Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 1, p. 77-90, 1992.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil.** 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: A dignidade da pessoa humana e a ética da responsabilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética & direitos da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2007.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico.** São Paulo: RCS, 2006.

JUNGES, José Roque. **Bioética: Perspectivas e desafios.** São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Repartição de benefícios na atual legislação e nos projetos de lei no Brasil – críticas e dilemas.** In Revista Internacional de

Direito e Cidadania. 2010. ISSN nº 1983-1811. Disponível em <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000254>> Acesso em: 08/08/2014.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origemgenetica/1>> Acesso em: 15/05/2015.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Freitas Bastos, 1953.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia – 1ª Parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral**. Tomo I. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2011.

NERY, Fernando. **Curso de Introdução ao Biodireito**. Publicado em 01 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/Biodireito_Fernando_Nery.doc> Acesso em: 10/06/2015.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PESSINI, Léo. **Bioética: um grito por dignidade de viver**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Paulinas, 2007.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PORCIONATTO, M. A. **Projeto Genoma Humano: uma leitura atenta do livro da vida**. *Circumscibere: international journal for the history of science*, São Paulo, v. 2, p. 51-63, 2007. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/circumhc/article/viewFile/573/1031>> Acesso em: 12/05/2014.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ROBERTI, Maura. **Biodireito: Novos Desafios**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

Rocha, Ilde Matos dos Santos. **Limitações legais à doação de órgãos**. In *Revista Eletrônica UNIFACS*. ISSN 1808-4435. Salvador: Unifacs, 2009.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, Evelise Leite Pâncaro da. **Contratos de “bens vivos”: uma realidade desafiadora e instigante a provocar transformações sociais e jurídicas, e o diálogo das fontes**. In *Revista de Direito Privado*. ano 11 - nº 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 1995.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARIFA ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. Tese – Universidade Federal do Paraná. 2010.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVEZ, Jones Figuêiredo (Coor.). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. V. 6. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 3: Teoria Geral do Contratos e Contratos em Espécie**. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANNONI, Eduardo A. **Inseminación artificial y fecundación extrauterina.** Buenos Aires: Astrea, 1978.

ANEXOS

ANEXO A

Instrumento de Doação Voluntária de Sêmen⁸³

Eu, _____, RG n.º. _____, CPF n.º. _____, residente à Rua _____, Bairro _____, Cidade _____, Estado _____, CEP _____, Tel. () _____ Cel. () _____, DECLARO estar doando, graciosamente, meu sêmen para o Banco de Sêmen da Pro-Seed, de livre e espontânea vontade, sem nenhum tipo de induzimento ou coação.

CLÁUSULA I

Estou CIENTE e CONCORDO na utilização do sêmen, ora doado, para fertilização assistida em mulheres em idade reprodutiva após a seleção do sêmen doado, sua aprovação e liberação à critério exclusivo da Pro-Seed. Estou ciente de que as amostras que não atenderem aos critérios de armazenamento estabelecidos pela Pro-Seed serão por esta descartadas. Declaro-me CIENTE, outrossim, que o procedimento de doação é composto das cinco etapas abaixo definidas, as quais comprometo-me e CONCORDO a seguir SEM QUALQUER INTERRUPÇÃO, sujeitando-me, em caso de interrupção, salvo se por motivo de caso fortuito ou força maior, ao disposto na cláusula IX do presente instrumento particular.

1ª Etapa - Coleta de amostra de sêmen para análise inicial

2ª Etapa - Triagem médica

3ª Etapa - Coleta de sangue para exames sorológicos e cariótipo. Cultura seminal. (Se a cultura seminal apresentar resultado positivo, indicaremos o tratamento adequado, o que permitirá o retorno do doador às doações)

4ª Etapa - Coleta de 5 amostras de sêmen, pelo menos, mantendo pelo menos 3 dias de abstinência sexual e de masturbação. Estas amostras de sêmen deverão ser colhidas no prazo de 3 meses, contados a partir da 1ª Etapa.

⁸³ Instrumento obtido junto a Pro Seed – Banco de Sêmen (contato@proseed.com.br).

5ª Etapa - Coleta de sangue para exames sorológicos 6 (seis) meses após a última doação de sêmen.

CLÁUSULA II

CONCORDO e ACEITO ser vedado o meu acesso à identidade do receptor e da criança gerada pelo procedimento de fertilização assistida, da mesma forma que será preservado o sigilo da minha identidade e privacidade, de acordo com os termos da legislação vigente. Tenho total ciência de que os dados pertinentes à amostra de sêmen por mim doada poderão ser transmitidos ao médico-responsável por sua utilização, mantendo-se, entretanto, o sigilo de minha identidade e privacidade.

CLÁUSULA III

A escolha do receptor e do momento da fertilização assistida será determinada, exclusiva e conjuntamente, pela Pro-Seed e o médico-responsável pelo procedimento.

CLÁUSULA IV

Considerando-se a orientação da Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, o doador será excluído desta condição (de doador) após a obtenção de 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, com o mesmo doador, numa área de um milhão de habitantes.

CLÁUSULA V

DECLARO não ser portador de nenhuma enfermidade conhecida e hereditária, não ser usuário de drogas injetáveis e nem ter tido relações sexuais promiscuas nos últimos seis meses.

CLÁUSULA VI

OBRIGO-ME a comunicar à Pro-Seed, sobre alterações significativas em meu estado de saúde, principalmente no que se refere às doenças sexualmente transmissíveis, durante o período em que estiver fazendo as doações. CONCORDO, ainda, em ser contatado periodicamente para obtenção de informações a respeito de minha saúde e a manter a Pro-Seed informada quanto a quaisquer alterações em meus dados cadastrais, inclusive endereço, números de telefone, email, e outros.

CLÁUSULA VII

OBRIGO-ME em submeter-me a coleta de sangue para os testes sorológicos para HIV 1 e 2 (AIDS), HTLV 1 e 2, Hepatite B, Hepatite C e Sífilis, seis meses após a última coleta de sêmen.

CLÁUSULA VIII

A omissão voluntária à Pro-Seed de informações concernentes ao uso de drogas, doenças sexualmente transmissíveis e hereditárias, pelo doador, caracterizará o crime previsto no art. 132 do Código Penal Brasileiro.

CLÁUSULA IX

Em caso de INTERRUPÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DOAÇÃO, salvo se motivada por força maior ou caso fortuito, declaro-me ciente de que estarei obrigado a RESTITUIR à Pro-Seed todos os custos e despesas por este incorridos até o momento, de acordo com a Tabela de Procedimentos vigente à época da interrupção.

CLÁUSULA X

(___) AUTORIZO (___) NÃO AUTORIZO a utilização das amostras criopreservadas em projetos de pesquisa que tenham sido previamente aprovados por Comitê de Ética em Pesquisa, livremente eleitos pela Pro-Seed.

Local, data.

Ass. do doador

Ass. da esposa (concordância)

ANEXO B

Instrumento de Doação Voluntária de Ovócitos⁸⁴

Eu, _____, RG n.º. _____, CPF n.º. _____, residente à Rua _____, Bairro _____, Cidade _____, Estado _____, CEP _____, Tel. () _____ Cel. () _____, DECLARO estar doando, graciosamente, meus ovócitos para a clínica X, de livre e espontânea vontade, sem nenhum tipo de induzimento ou coação.

CLÁUSULA I

Estou ciente e concordo na utilização de meus ovócitos, ora doados, para fertilização *in vitro* (FIV) e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) em mulheres em idade reprodutiva, com insuficiência ovariana em tratamento.

CLÁUSULA II

Concordo e aceito a não revelação da identidade do casal receptor e da criança, gerada pelos procedimentos acima, da mesma forma que minha identidade não lhes será divulgada.

CLÁUSULA III

A escolha do casal receptor e do momento da FIV ou ICSI será exclusivamente determinada pela clínica X.

CLÁUSULA IV

Como a doação de ovócitos será realizada durante o processo de FIV ou ICSI para tratamento de infertilidade estou ciente que a divisão dos ovócitos para meu uso e para doação, será equitativa, quantitativa e qualitativamente, visto que, caso o número seja ímpar, o ovócito excedente será utilizado por mim.

CLÁUSULA V

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c220a2091c26a7f>> Acesso em: 30/03/2015

Declaro não ser portadora de nenhuma enfermidade conhecida e hereditária, não ser usuária de drogas injetáveis ou não e consinto para comprovar o fato em submeter-me a todos os exames que forem necessários.

CLÁUSULA VI

A omissão voluntária à clínica X de informações concernentes ao uso de drogas, doenças sexualmente transmissíveis e hereditárias, pela doadora, caracteriza o crime previsto no art. 132 do Código Penal.

Local, data.

Ass. da doadora

Ass. do marido (concordância)

ANEXO C

ISTOÉ MEDICINA & BEM-ESTAR⁸⁵

| Nº Edição: 2158 | 18.Mar.11 - 21:00 | Atualizado em 18.Mai.15 - 04:08

Elas querem saber quem são seus pais Jovens gerados com doação anônima de óvulos e esperma iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos

Rachel Costa



PROCESSO

Olivia luta na Justiça para ter identidade de doador

As duas jovens entrevistadas para esta reportagem estão entre as primeiras do mundo a colocar um dilema para a sociedade. Olivia Pratten, canadense, 28 anos, e Alana S., americana, 24, nasceram por meio de técnicas de reprodução assistida. No caso de Olivia, seu pai era infértil. Na história de Alana, sua mãe queria um filho, mesmo sem ter um marido. Por isso, tanto a mãe de Olivia quanto a mãe de Alana recorreram a doadores anônimos de esperma – prática comum e permitida. Hoje, porém, as duas meninas, já crescidas, querem saber quem são seus pais biológicos, os homens que cederam seus espermatozoides e, por conseguinte, metade do material genético de cada uma.

Simples? Longe disso. Trata-se, na verdade, de uma demanda delicada, complexa, e para a qual ninguém havia se preparado. Há 30 anos, quando os avanços na reprodução assistida começaram a permitir a realização de procedimentos sofisticados, parecia tranquilo imaginar o uso de óvulos ou esperma doados de

⁸⁵ Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+S+AO+SEUS+PAIS> Acesso em: 24/03/2015.

forma anônima em nome do sonho de ter um filho. E era. Para os pais, representava a solução do problema. No entanto, à época não se imaginou que as crianças geradas dessa forma pudessem manifestar o desejo de conhecer seus outros pais biológicos. A grande questão é que os doadores, em sua maioria, só fizeram as doações por causa da garantia do anonimato e de que ninguém surgiria, anos depois, apresentando-se como seu filho. O impasse, como se vê, está colocado.

À primeira vista pode parecer estranho ir atrás de quem doou o óvulo ou o espermatozoide. A motivação para fazê-lo, porém, não se resume a mera curiosidade. “Não sei qual a influência do meu pai biológico sobre quem sou, mas não poder conhecê-lo significa nunca responder a essa dúvida”, disse Olivia à ISTOÉ. A jovem sempre soube que foi gerada com espermatozoide doado. E é com o apoio dos pais que ela tenta obter na Justiça canadense a autorização para acessar as informações sobre o doador. Alana S. também sabe desde criança que seu pai biológico é um doador de espermatozoide. Mas a inquietação em relação às suas origens a levou a buscar a identidade do doador e a criar um site no qual reúne histórias de jovens como ela, de doadores e de pais. “Reuni diferentes pontos de vista. Todos são relevantes para entender a questão”, disse à ISTOÉ.



AÇÃO

**Site de Alana reúne relatos de quem, como ela,
é fruto de doações anônimas de gametas**

O sentimento de Olivia e Alana é comum entre filhos gerados da mesma maneira. O livro “O Nome do meu Pai é Doador”, publicado no ano passado, traz uma pesquisa na qual foram ouvidos 485 adultos cujas mães recorreram a espermatozoide doado. Dos entrevistados, dois terços gostariam de ter acesso aos dados do doador. Para 45% dos participantes, o modo como foram concebidos é razão de incômodo. A saúde também é afetada. Eles são duas vezes mais propensos a abuso de substâncias químicas quando comparados com quem conhece os pais biológicos. E têm uma vez e meia mais chances de apresentar distúrbios psicológicos. Diante de tudo isso,

porém, Elizabeth Marquardt, uma das responsáveis pela pesquisa, garante que mentir não é a solução. “Os pais devem contar à criança sobre a reprodução assistida desde cedo”, disse à ISTOÉ.

O fim do anonimato, porém, poderia ter um impacto negativo sobre a quantidade de pessoas dispostas a doar. “O número de doadores cairia”, prevê a médica Vera Féher Brand, diretora do Pro-Seed, um dos maiores bancos de sêmen do País. “Se tivesse de me identificar, não doaria, pois teria o risco de me envolver com a pessoa gerada pela doação”, diz Paulo (nome trocado), 27 anos, doador há um ano.

Uma questão levantada pelos defensores da quebra do anonimato é o direito da criança de conhecer a história de saúde de seus pais biológicos. O argumento é procedente, já que um bom gerenciamento da saúde inclui saber os antecedentes familiares de doenças. “O doador é uma parte do filho gerado”, diz Leann Mischel, presidente de um grupo americano que cruza dados de doadores e filhos de doação. “E o filho precisa conhecer a saúde dos pais.”

Ainda não há consenso sobre o que fazer em relação à demanda. Em alguns países, como a Noruega, jovens com mais de 18 anos podem conhecer seus pais biológicos. No Brasil, o anonimato persiste. E não há sinal de mudança. “Não houve pressão para alterar as normas vigentes”, diz Reinaldo Ayer, coordenador de bioética do Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

ANEXO D

O nome do meu pai é Doador ⁸⁶

24/06/2010 | 12:05 | MARCELA BUSCATO | ATUALIDADES, FAMÍLIA | DOAÇÃO DE ESPERMA, INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, MATERNIDADE, PATERNIDADE



A inglesa Caroline Halstead hoje e na infância. Ela não conhece o pai, um doador anônimo de esperma.

“Essa é uma maneira horrível de ser concebida”, diz a inglesa Caroline Halstead, a menina que aparece no colo da mãe na foto ao lado, hoje uma mulher de 25 anos, grávida de seu segundo filho. Caroline é fruto de uma inseminação artificial feita por sua mãe, que comprou esperma de um doador anônimo. O sentimento de Caroline, entrevistada pelo jornal britânico “Daily Mail”, é partilhado por pelo menos metade das 485 pessoas, entre 18 e 45 anos, que foram ouvidas pela organização americana Commission on Parenthood’s Future. Todas foram concebidas com esperma de doadores anônimos. Metade dos entrevistados afirma se sentir incomodada pelo fato de haver dinheiro envolvido em sua concepção, dizem imaginar se podem ser parentes de uma pessoa que se parece fisicamente com eles e temem se sentir atraídos sexualmente por alguém que pode ser seu parente.

O resultado do estudo, chamado “O nome do meu pai é Doador”, causou surpresa até mesmo entre os pesquisadores. Eles também entrevistaram 562 pessoas que foram adotadas quando eram crianças e descobriram que a mágoa é muito maior entre os filhos de doadores anônimos do que entre os adotados que, teoricamente, teriam sido rejeitados pelos pais biológicos. “Muitas pessoas pensam que, por terem sido fruto de uma gravidez muito desejada, esses filhos de doadores anônimos não se importam sobre os detalhes da forma como foram concebidos”, diz uma das autoras do estudo, a pesquisadora Elizabeth Marquardt. “Mas eles têm um imenso sentimento de perda por terem negado o direito de saber quem são seus pais.”

“Para mim, teria sido mais fácil aceitar que eu fui fruto da curtição de uma noite porque pelo menos teria havido o envolvimento de duas pessoas para que eu nascesse”, disse

⁸⁶ Disponível em: <<http://colunas.revistaepoca.globo.com/mulher7por7/2010/06/24/o-nome-do-meu-pai-e-do-ador/>> Acesso em: 24/03/2015.

a inglesa Caroline ao “Daily Mail”. “Minha mãe me contou quando eu era pequena, mas me fez acreditar que isso era o nosso segredinho sujo, que ninguém deveria saber. Eu escondi meus sentimentos por muito tempo e acabei me distanciando da minha mãe. Sinto-me mais próxima do meu pai não-biológico, que foi quem me criou. Às vezes, tenho inveja da minha filha Charlotte, de 3 anos, criada em uma família convencional. Eu olho para ela e vejo as minhas características e as do Tom, meu marido. Ela é tão segura de si, do seu lugar no mundo. Já eu, quando me olho no espelho, vejo só metade de uma pessoa. É um fardo conviver com isso.”



Narelle Grace, filha de doador anônimo, diz que nunca recorrerá a um banco de esperma.

No Reino Unido, cerca de 2 mil crianças nascem por ano graças a doadores anônimos de esperma. Nos Estados Unidos, as estimativas chegam até a 60 mil crianças concebidas dessa maneira anualmente. No Brasil, a prática ainda é vista com mais preconceito e a comercialização de material biológico é proibida. Não há uma lei que regule a questão do anonimato do doador, mas o Conselho Federal de Medicina recomenda que o sigilo seja garantido e que só possa ser aberto, entre médicos, em casos especiais. No Reino Unido, essa postura já está mudando. Desde 2005, os filhos de doadores anônimos têm o direito de saber a identidade de seus pais se quiserem. Mas quem nasceu antes dessa data ainda tem de conviver com o mistério.

A inglesa Narelle Grace, de 27 anos, é uma delas. Narelle sabe que o esperma de seu pai foi usado para fertilizar outras oito mulheres e, hoje se pergunta onde estarão seus oito meio-irmãos. “Aí pelo mundo há toda uma família que eu nunca vou conhecer e que nunca vai saber da minha existência”, disse Narelle ao “Daily Mail”. “Eu posso dizer com sinceridade que não importa quão desesperada eu esteja para ter um filho, eu nunca vou recorrer a um doador de esperma”, diz Narelle. “Eu não condenaria uma criança a crescer da maneira como eu cresci.”



Marcela Buscato é editora de ÉPOCA em São Paulo