

# *Vida:* *reprodução humana assistida –* *seus conflitos e convergências*

Janaína Reckziegel  
Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte



**editora**  
**unoesc**

Joaçaba, 2020

**Editora Unoesc**

**Coordenação**

Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin  
Revisão metodológica: Gilvana Toniélo  
Projeto gráfico e diagramação: Simone Dal Moro  
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

R298u Reckziegel, Janaína.  
Vida: reprodução humana assistida – seus conflitos e convergências / Janaína Reckziegel, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.  
94 p.: il. ; 23 cm.

ISBN e-book: 978-85-8422-218-6

ISBN: 978-85-8422-223-0

Bibliografia: p. 91-94

1. Dignidade. 2. Reprodução humana. 3. Direitos fundamentais. I. Título.

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitora de Graduação  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,  
Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Frozza

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

Maria Rita Chaves Nogueira

Marconi Januário

Marcieli Maccari

Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# *Vida:*

## *reprodução humana assistida — seus conflitos e convergências*



**Janaína Reckziegel**

Pós-doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Professora Titular e Pesquisadora no Programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Líder do Grupo de Pesquisa: NOVAS PERSPECTIVAS DA DIGNIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PROPRIEDADE, BIOÉTICA E LIBERDADE CIENTÍFICA Advogada; Avenida Getúlio Vargas, 542-S, Edifício Olympus, ap. 401, Centro, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; [janaína.reck@gmail.com](mailto:janaína.reck@gmail.com)



**Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte**

Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidad Nacional de Córdoba; integra os Grupos de Pesquisa da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Oeste de Santa Catarina: NOVAS PERSPECTIVAS DA DIGNIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PROPRIEDADE, BIOÉTICA E LIBERDADE CIENTÍFICA; Advogado; [jhonatann\\_duarte@hotmail.com](mailto:jhonatann_duarte@hotmail.com)





# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO ..... 7

## **CAPÍTULO I**

### **VIDA E DIGNIDADE HUMANA: RELAÇÕES COMPLEMENTARES DE PROTEÇÃO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

1 VIDA HUMANA: CONCEITOS, DESDOBRAMENTOS E PARADOXOS..... 14

2 DIGNIDADE HUMANA: ELEMENTOS INFORMADORES E SIGNIFICADO  
PRÁTICO ..... 18

3 VIDA E DIGNIDADE: DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPLEMENTARES? ..... 21

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 26

## **CAPÍTULO II**


### **REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA..... 32

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA HORIZONTALIDADE ..... 38

3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A HORIZONTALIZAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 41

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 44



---

**CAPÍTULO III**  
**O DIREITO À VIDA VERSUS O DIREITO À**  
**PRIVACIDADE NOS CONTRATOS DE DOAÇÃO DE**  
**MATERIAL GENÉTICO**

1 A PROBLEMÁTICA DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	52
2 TEORIAS DA SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PONDERAÇÃO EM ALEXY .....	55
3 VIDA E INTIMIDADE (GENÉTICA): UM CONFLITO PASSÍVEL DE PONDERAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA? .....	62
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	69

**CAPÍTULO IV**  
**A DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO DECORRENTE**  
**DO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO**  
**HUMANA ASSISTIDA E A DIGNIDADE HUMANA**

1 UM BREVE HISTÓRICO SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....	77
2 AS NOVAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA .....	83
3 FILIAÇÃO DECORRENTE DO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A DIGNIDADE HUMANA .....	85
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	90




# APRESENTAÇÃO

A Reprodução Humana Assistida, apesar de constantemente debatida pela doutrina, não perde sua atualidade ante a existência de diversos paradoxos éticos e sociais que dividem não só a literatura especializada, mas a própria sociedade, convidada a opinar a partir de sua própria visão enquanto criadora e criatura na senda das incessantes inovações a que é submetida.

No presente estudo, conscientes do plexo de visões e dificuldades que circunscrevem a reprodução medicamente assistida, os autores delinearam inicialmente a apresentação de quatro capítulos: no *primeiro*, vida e a Dignidade Humana serão apresentadas tanto como relações complementares de proteção quanto axiomas em possível conflito, tudo à luz da teoria dos Direitos Fundamentais, buscando também os limites conceituadores de cada um dos axiomas. Desta forma, apelando à análise de julgados e à literatura especializada, almeja-se o estabelecimento de um processo de contextualização da vida e da dignidade enquanto direitos de ordem eminentemente constitucional, esclarecendo, através do processo histórico de formação dos conceitos de tais direitos/fundamentos, como cada um deles é interpretado por ocasião de seu conflito e de sua respectiva singularidade. Por fim, estabelecendo o panorama filosófico envolto em tais direitos, objetiva-se a estipulação de conceitos mínimos que sejam capazes de integrar a interpretação constitucional ou meramente legal dentro do pano de fundo do direito comparado e da filosofia jurídica, sempre invocando a relação de ponderação cabível quando do eventual conflito de tais premissas fundamentais do indivíduo.

No *segundo capítulo*, elaborou-se análise do processo de Reprodução Humana Assistida enquanto mecanismo científico para dar aporte a mais do que meros anseios reprodutivos humanos, mas verdadeira indumentária tecnológica que reveste a formação familiar nos novos tempos, trazendo consigo uma série de nuances éticas analisadas interdisciplinarmente pelas ciências jurídicas, mas sem se esquivar da mais elementar lição do direito constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais. Neste cenário, a construção jusfundamental adquire




---

relevo dentro da Reprodução Humana Assistida por ser tema que desborda a mera questão da aplicabilidade axiomática, mas se desvela instrumento de análise da horizontalidade destes mesmos direitos fundamentais, que agora são questionados no âmbito privado das relações jurídicas, com a potencialidade dos embates entre axiomas constitucionais dentro de contratos clínicos. Almeja, assim, a conceituação do processo de Reprodução Humana Assistida em consonância com a teoria da horizontalização dos Direitos Fundamentais, buscando expor como tal forma de reprodução assistida afeta as relações contratuais a ela inerentes, com vistas à horizontalização e tratamento equânime dos direitos fundamentais à identidade, privacidade e intimidade.

O *terceiro capítulo* desta obra trata do direito à vida em face do direito à privacidade, especialmente em sua vertente atinente à genética humana, em torno dos contratos de doação de material genético existentes nas práticas de Reprodução Humana Assistida. Para tanto, tal capítulo se debruçará sobre a problemática da colisão de direitos fundamentais, estabelecendo o seu significado e práticas de solução, apelando principalmente para a técnica da ponderação criada por Robert Alexy. Passada a análise do conflito jusfundamental, estipula-se uma solução possível para o conflito apontado, recorrendo às técnicas de resolução apontadas até então, determinando-se a prevalência do direito à vida, desde que respeitada uma série de paradigmas de condução da ponderação no caso em tela. A pesquisa em questão será apresentada a partir da influência de julgados de Tribunais Constitucionais de países como Alemanha e Brasil, além de basear-se na clássica teoria de direitos fundamentais existentes no direito continental.

A obra buscou a definição de caracteres identificadores da efetiva filiação no caso de embriões gestados através do processo de Reprodução Humana Assistida, tendo como premissa basilar todas as complexidades biológicas que envolvem o referido procedimento, interligando sua aplicabilidade com os campos da Bioética e do Biodireito. Para tanto, ao fazer uso das inovações legislativas e regulamentares, a corrente pesquisa busca estabelecer os pontos de tensão entre a instrumentalidade médica e genética e os devidos apontamentos sobre a aplicabilidade da Dignidade Humana dentro de uma seara imersa no





---


reconhecimento afetivo como causa motivadora do reconhecimento parental. Assim, ao começar num estabelecimento histórico e procedimental da Reprodução Humana Assistida, passa-se à formulação do conceito de família dentro dos moldes jurídicos e contemporâneos pertinentes, para, por fim, avaliar a correta mensuração da determinação parental dos sujeitos envolvidos no processo de reprodução.

Janaína Reckziegel

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte

Chapecó, Brasil, verão de 2020





---

**CAPÍTULO I**

**VIDA E DIGNIDADE HUMANA:  
RELAÇÕES COMPLEMENTARES  
DE PROTEÇÃO À LUZ DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**



O processo de definição da vida humana é problemática científica e filosófica que extrapola os limites da pós-modernidade na exata medida em que já foi alvo dos mais acalorados debates filosóficos desde o período da Grécia Antiga. Conceituar o significado da vida é estabelecer diretrizes mínimas para o desenvolvimento não apenas da ciência enquanto ramo eminentemente técnico, mas ditar a densidade de elementos filosóficos, jurídicos e sociais.

Noutra banda, a dignidade da pessoa humana enquanto axioma central nos mais hodiernos debates ocorrentes no mundo globalizado – marcadamente após o advento da Segunda Guerra Mundial – também traz consigo a necessidade de formulação de critérios mínimos para o desenvolvimento de uma infinidade de modalidades de conhecimentos científicos, notavelmente o jurídico e o tecnológico.

A interligação de vida e dignidade humanas enquanto direitos fundamentais inalienáveis e aparentemente impassíveis de diminuição – por razões que o presente estudo se propõe a demonstrar – traz em seu âmago a imensidão de um debate filosófico que há séculos busca a contextualização de cada um desses axiomas, de modo a equilibrar a cabível e eventual relação de ponderação que pode exsurgir desta relação.

O Poder Judiciário, desta forma, mais do que receber os reflexos da discussão apontada, também acaba por intervir diretamente na formulação dos elementos balizadores de tal paradoxo filosófico, sendo que a atuação essencialmente voltada à ponderação – e depuração, *in casu* – dos valores aludidos, traz consigo os novos desafios éticos e sociais dos magistrados, sendo que o próprio conhecimento jurídico e filosófico é incapaz de estabelecer um consenso mínimo quanto a tal paradoxo.

Assim, a corrente análise é iniciada pelos paradoxos conceituadores de vida, estabelecendo um panorama histórico, filosófico e social mínimo, além das devidas influências de tais embates na esfera jurisdicional. Inobstante, passando à conceituação e aplicabilidade da dignidade humana dentro do debate exposto, se fará ver a dificuldade em decantar os elementos que embasam e aplicam a referida dignidade, findando este estudo com as interligações essencialmente

conflituosas entre vida e dignidade, apontando a existência – ou não – da relação de proteção mútua proteção em que os axiomas convergem.

## 1 VIDA HUMANA: CONCEITOS, DESDOBRAMENTOS E PARADOXOS

A vida enquanto objeto de estudo é marcadamente paradoxal quanto à própria conceituação científica que lhe é pertinente. Do substancialismo aristotélico ao apelo ficcionista em Nietzsche, o processo de definição do que significa *vida* traz em seu bojo inúmeras conceituações que se interligam com a biologia, a filosofia, e, obviamente, o direito.

No contexto helênico, Aristóteles emerge como o primeiro filósofo que efetivamente se debruça sobre a problemática contextualizadora da vida, apelando à *forma* e à *matéria* enquanto indumentárias definidoras da mesma. A *forma*, para o filósofo, carece de um tipo específico de matéria para se fazer preencher – e existir. Já a *matéria*, que pode existir fora da *forma*, mas dela necessita para se fazer perceber, sendo o conteúdo material percebido como o potencial que dirige o próprio processo vital. Ambas – *forma* e *matéria* – são inseparáveis, sendo contidas em todos os seres, representando, juntas, o conceito da vida (CORRÊA et al., 2008).

O que se percebe, inobstante, é que desde o tratado aristotélico sobre a vida – *Da Alma* – até a virada do século XVIII para o XIX, o conceito de vida estava imerso nas filosofias de matéria e espírito, ambas absolutamente confundidas até então. Corrêa et al. (2008) aponta o processo filosófico de incapacidade de formulação de um conceito de *vida* graças à imensa influência aristotélico-tomista que passou a existir no ápice medieval.

Como bem aponta Mayr (2005), São Tomás de Aquino, ao fazer uso da substancialidade do aludido filósofo grego, cria a definição cristã de vida como máximo contraponto à morte e à aniquilação, só sendo a vida possível pela atuação de forças externas. A independência da alma e do corpo, assim, crença completamente descabida quando dos escritos de Aristóteles, passa a tomar o

posto de preocupação teológica central, influenciando indiscriminadamente os debates quanto à vida e seus limites.

A distinção entre vida e espírito só se solidifica com o ceticismo absoluto que toma lugar nas ciências a partir do final do século XVIII, sendo seu auge absoluto representado pelo século XX. Deste ponto em diante, a vida passa a ser uma implicação de junção de compostos de matéria inanimada, não havendo que se falar em uma singularidade exclusiva dos seres vivos (CORRÊA et al., 2008).

Consoante a tomada de espaço pelos excessivos conceitos biológicos vitais, Foucault (2000) critica a corrente cética definidora que assolava o debate científico e filosófico, afirmando que a tentativa de explicar a vida pelo viés biológico é essencialmente problemático, pois tudo tende a se resumir em compartimentos taxonômicos das coisas naturais – notadamente os minerais, vegetais e animais. O autor, assim, estabelece as três principais correntes biológicas definidoras da vida, criticando-as separadamente.

O *vitalismo* era marcado, de acordo com o francês, pela crença no élan vital, percebendo a existência de uma força vital representativa do impulso de vida, cuja origem transpassava o saber histórico e filosófico conhecido. Já o *organicismo* percebia propriedades relacionadas ao todo, numa espécie de conceituação da vida tendo por pano de fundo a panaceia de elementos científicos definidores. Por fim, o *mecanicismo*, corrente deveras mais polêmica, percebia a vida pelo viés da regularidade dos fenômenos naturais, como a existência de um mundo organizado para um fim precípuo em si mesmo, cabendo a vida o papel de mera engrenagem nos processos transformadores do mundo em si mesmo (FOUCAULT, 2000).

Corrêa et al. (2008) aponta Nietzsche como o maior crítico da última corrente, citando o ficcionismo do filósofo como contraponto à corrente mecanicista. Desta forma, o que passou a haver – pelo menos dentro da filosofia essencialmente trágica do pensador – foi a observação da vida como mecanismo *autorregulável*, o indivíduo se apresentando como ficção psicológica e gramatical, com o próprio corpo em embate para a própria representação numa espécie de síntese hegeliana; a vida era uma eterna mostra de elementos vencedores, assim.

Questão que parece saltar aos olhos é a aparente impossibilidade de definir *vida*, parecendo mais razoável o processo de definição de seus *processos*, como bem aponta Mayr (2005). Assim, a percepção quanto a tais elementos processualísticos almejava a conceituação de vida pelo prisma de seus mecanismos separados, cada ponto vital agindo em torno do funcionamento conjunto do todo.

*In fine*, a vida como autopoiese é a corrente filosófica que efetivamente passa a inserir a vida dentro do plano normativo-constitucional; a vida como limite em si mesma, configurando suas próprias possibilidades de existência, definição e substância é pensamento hodierno que passa a aliar caracteres iniciais da própria dignidade. Kloepfer (2013), nesse sentido, é enfático quanto ao reconhecimento inicial da vida como bem constitucional maior, sendo descabida a hipótese – pelo menos do ponto de vista oriundo da Constituição – de pessoas sem a proteção de sua vida.

Desde já, conceituar *vida* passa a envolver necessariamente um atuar do axioma da dignidade da pessoa humana, não podendo ambos os valores existir de maneira separada. Assim, se a dignidade é essencialmente envolta por preceitos filosóficos, religiosos e históricos, indubitável é o reflexo de tais valores quando da conceituação da vida (KLOEPFER, 2013).

Ponto que merece destaque quando da tentativa de estabelecer um conceito de vida é a adoção constitucional da teoria kierkegaardiana da potencialidade. Ao se afirmar que “o direito à vida é o direito de viver” (KLOEPFER, 2013, p. 150), traz-se à baila necessariamente a potencialidade aludida não apenas para a *fruição* da vida, mas também para sua conceituação. A vida, pela perspectiva de tal potencialidade dos processos criadores, revela-se como fenômeno que enseja necessariamente a possibilidade de mais do que se viver, mas também se saber que se vive, participando-se ativa e conscientemente dos processos de sabida escolha da própria vida.

O processo de decisão judicial em torno da vida que leva em conta apenas aspectos biológicos do processo vital, desta forma, passa a ser objeto dos mais variados tipos de críticas, tão logo a mera retroatividade dos acontecimentos fisiológicos – para ensejar o reconhecimento da vida a partir da fecundação ou



da nidação,<sup>1</sup> por exemplo – poderia gerar até mesmo a sacralidade das células humanas pelo seu potencial reprodutor, como já apontava Habermas (2004).

Caes (2011) relata que o indivíduo para Kierkegaard, assim, deveria ser o responsável pelas escolhas condutoras do próprio processo vivencial, não se podendo permitir interferências excessivas do Estado não apenas em tais decisões, mas também nos próprios critérios que fomentassem o início dessa potencialidade. Assim, o filósofo dinamarquês retira da esfera pública a concepção de conceitos vitais, depositando na formação última do *indivíduo* as nuances de possibilidade de escolha e condução da vida.

Kierkegaard também é critério filosófico balizador para o debate quanto ao conceito de vida graças à carga de singularidade que coaduna com a própria existência. O estabelecimento da importância da potencialidade exposta pelo filósofo reflete-se no plano existencial a partir do momento em que o indivíduo é “[...] o singular que sente a existência pulsar em si, durante seu existir.” (CAES, 2011, p. 439). O que não pode ser deixado de lado, desta forma, é o processo de assunção existencial, sendo que tal rito é visto como a instante de autocompreensão das possibilidades e da própria capacidade de decisão; desde então, tem-se o *indivíduo que vive*.

Como bem expõe Kloepfer (2013), assim, a proteção da vida do nascituro reveste-se – ao menos no caso alemão – de atualização direta dos ditames ampliadores da vida como critério jusfundamental essencialmente interligado com a dignidade, razão pela qual o estudo de tal elemento dignificador se faz tão necessária quanto a própria concatenação substancial do sentido de vida. Assim, não subsiste razão para que outro seja o rumo deste aporte teórico, emergindo a necessidade de caracterização e aplicabilidade da dignidade humana.

<sup>1</sup> O Tribunal Constitucional Federal Alemão – o *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* –, na ocasião da decisão número 34, editou o criticado entendimento do início da vida a partir da nidação, com o a célula fecundada se instalando no útero. Tal entendimento foi revisitado quando da análise da possibilidade de aborto pela gestante, onde passou a se reconhecer a potencialidade kierkegaardiana como medida hábil a ditar o início da vida (KLOEPFER, 2013).

## 2 DIGNIDADE HUMANA: ELEMENTOS INFORMADORES E SIGNIFICADO PRÁTICO

Não há dificuldade em observar o processo de artificialização do axioma da dignidade humana dentro do contexto jurídico brasileiro. Da excessiva utilização do princípio como artifício retórico carente de conteúdo até a dificuldade em estabelecer uma base substancial de tal valor, a dignidade parece carecer de uma estruturação judicial que leve em consideração mais do que suas meras possibilidades de aplicação, mas também suas nuances existenciais e filosóficas.

Sarlet (2013) aponta já em linhas iniciais a dificuldade quanto à compreensão jurídica e constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo que os contornos do axioma são imprecisos e lacunosos. O autor traz à baila a polissemia intrínseca ao princípio como caractere primordial para balizar qualquer processo mínimo de compreensão, sendo que a ampla aplicabilidade da dignidade humana, ainda que bem intencionada, dificulta sua caracterização.

Exemplo do exposto é a proteção constitucional a diversos outros setores humanos que, ainda que paradoxais – como o paradoxo da *vida*, exposto alhures –, remanescem como minimamente visíveis no plano fático. É o caso da integridade física, honra, propriedade privada e intimidade, *verbi gratia*. A dignidade, assim, lida com uma abrangência aos fatos da vida que extrapola a mera concretude axiológica, resvalando para a própria constituição humana enquanto valor, o que acaba não contribuindo “[...] para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade.” (SARLET, 2013, p. 18).

Habermas (2004) acaba por propor um debate quanto ao conteúdo da dignidade que seja desvinculado da intervenção judicial, isso porque, para o filósofo, a formação do consenso quanto à significância de tal elemento deve passar pelo crivo dos diferentes discursos políticos. Desta forma, a dignidade humana, para o alemão, não seria um conceito de que o Judiciário poderia se apropriar, tão logo o agir ético do Estado Democrático deve ser neutro, remanescendo o dissenso dentro da esfera legislativa.

A tese habermasiana do afastamento estatal da substancialidade da dignidade é plenamente refutada por Sarlet (2013), que, apelando aos conceitos trazidos por Denninger, demonstra a impossibilidade da jurisdição constitucional se esquivar de um eventual posicionamento quanto às questões envolvendo a dignidade humana, como mormente demonstra a jurisprudência alemã do *BVerfG*. Vislumbra-se, assim, que o conceito – ou compreensão – da dignidade da pessoa humana não consegue ser desvinculado de sua face judicial, sendo que da atuação do judiciário “[...] haverão de ser extraídas determinadas consequências jurídicas, muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.” (SARLET, 2013, p. 19).

Häberle (2013) expõe de maneira antecipada a qualquer debate quanto ao sentido da dignidade humana o *Drittwirkung*, ou seja, o efeito de irradiação que tal dignidade possui quanto a todos os outros axiomas do ordenamento jurídico pátrio ou internacional. Para o alemão, assim, antes de se passar à análise da própria significância da dignidade, exsurge a necessidade de compreendê-la como elemento de observância obrigatória e de incidência imediata sobre todos os outros campos do direito. O que não é isento de críticas, e como aponta o próprio autor, já que tal centro sistemático-valorativo criado pelo *BVerfG*, colocando a dignidade humana como núcleo inafastável dos direitos fundamentais, pode influir na correta dimensão e mensuração de outros direitos, razão pela qual emerge a necessidade de equilibrada compreensão da dignidade.

O panorama histórico da dignidade também é traçado por Häberle (2013) na medida em que vislumbra *períodos* de florescimento do conceito de tal axioma. No primeiro momento, surge a *dignitas* durante a Antiguidade, caracterizando uma posição social dentro da própria sociedade antiga, sendo a primeira a distinguir a dignidade humana em face de criaturas inumanas. Já no Estoicismo, a razão exsurge como medida diferenciadora e conferidora de dignidade, sendo que é perceptível um panorama mínimo – principalmente até o alto da Idade Média – da imagem e semelhança de Deus como elemento de dignidade dos homens. A indumentária racional volta à baila apenas no período renascentista, onde a dignidade voltou a ser concebida como a liberdade de orientação e escolha – graças aos escritos de Pico della Mirandola, como aponta

o alemão – até desembocar finalmente na ideia iluminista de racionalidade completa e seu compartilhamento como elementos formadores da dignidade, sendo que em Pufendorf a igualdade entre todos os homens foi acrescentada como critério essencial de tal axioma.

Concomitantemente à ideia iluminista trazida, Kant (2009) traz a ideia de valor interno absoluto, sendo que cada ser humano se torna insubstituível pelo caractere essencialmente impassível de relativização que porta em si. Assim, a dignidade, quando da leitura kantiana feita por Häberle (2013, p. 71), surge naquela “[...] pessoa aparelhada com identidade moral e autorresponsabilidade, dotada de razão prática e capacidade de autodeterminação racional.”

O surgimento da dignidade como elemento pré-estatal, apontada mais uma vez por Häberle (2013), levanta o questionamento, assim, da necessária distinção da dignidade humana como *valor* e da mesma dignidade enquanto *prestação*. O que é discutido, desta forma, é a dupla dimensão da dignidade, tão logo a dignidade como valor – enquanto axioma filosófico-valorativo oriundo do jusnaturalismo – é contraposta com a *Leistung*, ou seja, a ausência de dignidade como um atributo natural do homem, mas sim um dever do Estado em prestá-la através das potencialidades de realização do indivíduo. A eventual prevalência desta última corrente – sem que isso implique em detrimento da dignidade como valor jusnatural – geraria, ainda na esteira häberliana, uma maior consistência estatal na defesa de direitos fundamentais em situações concretas, independentemente do cenário subjetivo que os envolvesse.

A pré-juridicidade da dignidade é apontada por Kirste (2013) na medida em que vincula fortes pressupostos do direito natural, sustentada a dignidade por meio de sua própria história filosófica. O que ocorre, para o autor, é a expansão da dignidade para muito além da mera conceituação dos outros direitos fundamentais, de modo que ela mesma remanesça como critério que impossibilita sua ponderação, existindo absoluta. A vida humana, desta forma, existe como substrato da dignidade, perdurando enquanto a vida se fazer existir – o que não exime, mais uma vez, o debate quanto a seu início.

As críticas a tal modalidade teologicamente arraigada da dignidade revelam determinada cosmvisão que não coaduna com a neutralidade

estatal em face da religião, ou, como ainda aponta Kirste (2013, p. 183), “[...] o caráter absoluto da dignidade humana não é convincente quando há uma confrontação da dignidade contra outra dignidade.” Inobstante, a crítica ética e os novos desdobramentos científicos quanto ao início da vida têm surgido como instrumentos combatentes da ideia metafísica quanto a tal vida humana.

O conceito de Forsthoff de dignidade como norma legal impassível de subsunção continua sendo destrinchado por Kirste (2013) na medida em que a maioria das Constituições dá abertura a concepções várias e intermediárias. Finalmente, a doutrina alemã estabelece duas correntes para especificar a dignidade enquanto axioma, a primeira restringindo-se à mudança qualitativa de tal significado, especificando o *real* conteúdo de dignidade, e a segunda, apontando níveis que constituem mera perturbação pessoal, não infração substancial da dignidade.

É por concatenar o objeto de estudo ora pretendido que a primeira corrente apontada merece desdobramento específico, sendo seu processo de análise essencialmente intrincado com a definição de vida – e seu início. Desta forma, passa-se à análise em tópico apartado para a tentativa de compreensão de todas as dimensões enuoltas em tal *vexata quaestio*.

### 3 VIDA E DIGNIDADE: DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPLEMENTARES?

Definir *vida* embarca em si tanta polissemia quanto a tentativa doutrinária de conceituar *dignidade*. A dificuldade de tal processo se assenta, primordialmente, na evolução histórica como fio condutor dos mais divergentes posicionamentos teológicos, filosóficos e sociais, sendo que o próprio Direito não está alheio ao papel de influenciador e influenciado que exerce.

Vislumbrar a dignidade humana como fator elementar do posicionamento quanto ao início da vida é percebê-la como critério para também o desenvolvimento e findar desta última, de maneira que os mecanismos jurisdicionais são impassíveis de isenção quando da invocação social para

sua manifestação. Kirste (2013) é plenamente assistido pela razão quando assevera com maestria a dificuldade de estabelecer um debate de ideias que seja minimamente consensual neste campo, tão logo todas as áreas do conhecimento humano podem – e devem – influenciá-lo.

Conforme exposto linhas acima, Tribunais Constitucionais – principalmente o *BVerfG* em sua função norteadora da progressista jurisprudência humanística – de todo o globo têm entrado em embates constantes quanto à relação complementar de proteção de vida e dignidade humanas. Como já aludido, o próprio Tribunal Federal Constitucional alemão já alterou por duas vezes seu posicionamento, proibindo, *exempli gratia*, o aborto, para, anos depois, autorizá-lo mediante determinadas circunstâncias e até certo período gestacional, consoante a revisita que fazia à dignidade humana.

No caso brasileiro, a autoridade judiciária competente para exarar decisório em tal sentido é o Supremo Tribunal Federal (STF). Em que pese o aborto ser proibido pelo Código Penal no país, o tribunal já demonstrou pender para o lado apontado pelo *BVerfG* quanto à conceituação de vida no momento do julgamento do caso das células-tronco. O STF foi instado a se manifestar, assim, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 3510, tendo decidido pela legalidade das pesquisas com células-tronco no cenário nacional.

O dispositivo questionado era o artigo 5º da Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105/2005 –, de maneira que se indagava a (in)constitucionalidade de pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias. Como bem expôs a Ministra Ellen Gracie, a questão era primordialmente cingida pela dignidade humana, sendo que todo o resto remanesceria para uma análise detida em segundo plano (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008a).

Passando a estipular diferentes fases de desenvolvimento embrionário, a Ministra apontada chega até mesmo a expor a impossibilidade de se chamar de *embrião* o desenvolvimento celular até o décimo-quarto dia de gestação, tão logo o que há é a mera junção de células sem formato ou função definidas. O fato é, portanto, de que não há uma *pessoa*, sendo desarrazoada a aplicabilidade da dignidade da pessoa humana dentro de uma estrutura celular que não é cingida

pela potencialidade vital que ascende a todos os indivíduos racionais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008a).

A Ministra ainda trouxe à baila a questão do princípio utilitarista no caso de embriões meramente formulados, sem qualquer possibilidade de utilização, de modo que não há que se falar em dignidade quanto a meros elementos biológicos concatenados, tão logo a *vida* implica em muito mais do que mero processo celular. A questão, mais uma vez, voltava a ser o início da vida: se a partir da *fecundação* ou do momento de início das efetivas potencialidades racionais, como apontou o Ministro Relator Ayres Britto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b).

Ponto específico do debate era que a maioria dos embriões *in casu* estavam em vias de descarte, de modo que a argumentação erigida era inegavelmente influenciada pelo critério da dignidade de tais mecanismos celulares que, na esmagadora maioria, não se tornariam seres humanos desenvolvidos. Desta feita, prosseguindo quanto à análise do início da vida – para só então poder incidir a dignidade, por já discorridas questões de que tal axioma é essencialmente *humano*, desde os primórdios do estoicismo –, o Ministro Relator estabelece que a vida se inicia “não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero, e do correr dos dias” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 8, grifo do autor).

De tal maneira, inafastável é o reconhecimento da potencialidade kierkegaardiana como instrumento de visualização da relação complementar de vida e dignidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, só podendo se falar em vida desde o instante em que o nascituro não se reveste de mera cobertura celular, mas insondável capacidade de iniciar o processo de racionalidade que conduzirá até o fim de seus dias. A defesa do início do processo vital é, para o Relator, insondável construção que busca “[...] reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer um de seus estádios” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008b, p. 11).

Conforme bem apontou o Supremo Tribunal Federal (2008a) através da Ministra Ellen Gracie, o Brasil foi tardiamente recepcionado no debate bioético, tão logo instrumentos normativos quanto ao tema exurgiam na Europa desde a

década de 1980. Relata Neumann (2013) que a Alemanha pareceu inaugurar tal debate ainda na primeira metade da década referida, expondo o autor, contudo, o caráter frustrante dos debates, sendo que se formava um truncado “[...] consenso no sentido de que a proteção da dignidade humana impõe um limite intransponível para todas as intervenções da tecnologia genética” (NEUMANN, 2013, p. 227).

O risco que se corre na incapacidade de definir o início da vida é um alargamento descontrolado do princípio da dignidade humana dentro da seara tecnológica genética, ou, ainda, da medicina reprodutiva (NEUMANN, 2013). Desta forma, áreas científicas que poderiam prosseguir sem questionamentos morais quedam completamente inertes, graças às desnecessárias barreiras éticas; e, noutra banda, esta mesma ampliação *dignificadora* causa limites à própria dignidade, sendo que muitos tratamentos médicos e patologias em geral deixam de ser efetivados pela ausência de desenvolvimento médico.

Neumann (2013) aponta ainda este excessivo processo de visualização de dignidade em diferentes estágios vitais – ou não –, como um instrumento que acaba se utilizando da própria dignidade *versus* a dignidade de outrem; e para um axioma que não admite ponderação, impassível também deve ser de contradições. O questionamento levantado, desta forma, é se “uma intervenção na natureza biológica do homem pode atingir uma dignidade que se embasa justamente na natureza ético-racional do homem [...]” (NEUMANN, 2013, p. 230).

A pretendida complementaridade entre vida e dignidade enquanto axiomas que se protegem mutuamente deve, consonante ao exposto, levar em consideração mais do que a mera relativização dos conceitos – pois lógico o é que a dignidade também é valor passível de ponderação. Compreender o início da vida pelo espectro do início da potencialidade de um ser humano – em detrimento da mera junção celular disforme – é dar azo ao reconhecimento do início da dignidade enquanto valor supremo e inafastável, ainda que alvo de eventual relativização, fornecendo substancialidade ao critério ético como elemento formador do homem, e não a mera fecundação celular, método puramente biológico que nada diferiria o homem – dentro da concepção de dignidade na metafísica kantiana de sua autodeterminação – dos outros animais viventes.



Como bem apontou o Ministro Relator Ayres Britto no julgamento da ADIn n. 3.510, a bioética se constitui, dentro dos moldes expostos, “matéria [...] religiosa, filosófica e eticamente sensível” (BRASIL, 2008b, p. 19), de modo que visualizar o procedimento de intervenção gênica, apesar de ter o condão de alterar a futura formação humana, não pode – nem deve – ser o único critério balizado nas considerações jurisdicionais quanto ao tema. Assim, o Ministro leva em consideração a dignidade *versus* a própria dignidade, conforme alhures se apontou, vislumbrando a potencialidade, pelo menos no caso das células-tronco embrionárias, de o tratamento possibilitar a “[...] cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam, e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional” (BRASIL, 2008b, p. 20).

Desta forma, no processo de embate entre mecanismos dignificadores, a prevalência apontada é sempre em direção do princípio utilitarista, como apontou a Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2008a). A utilização de tal axioma filosófico não implica, contudo, num mero processo de supremacia de interesses majoritários, mas na substancial efetivação da dignidade de milhões de indivíduos, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal (2008b) cuidou de estabelecer o número aproximado de *cinco milhões* de brasileiros que padecem de patologias curáveis – ou tratáveis – com o desenvolvimento de pesquisas de células-tronco.

O desenvolvimento da personalidade – ou ao menos sua concreta possibilidade – é o critério fundante da utilização da filosofia potencial, até agora extensamente percorrida. Assim, o que merece ser considerado é a “[...] personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa *dimensão biográfica*, mais que simplesmente biológica [...]” (BRASIL, 2008b, p. 22, grifo do autor). Não há que se falar, assim, em biologia como vida, mas em vida como indumentária fática que leve em conta todas as possibilidades de livre desenvolvimento e autodeterminação racional – como bem aduz a influência de Kant (2009) –, sendo que só existe dignidade humana tangível desde o ponto em que o *humano* se faz presente por suas intrínsecas características que extrapolam o mero fisiologismo.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conceituar *vida* é mais do que processo árduo; é invocação filosófica que traz em seu bojo uma série de características que permeiam a História e a própria filosofia. A tentativa de estabelecer um conceito fechado quanto ao valor vital – aparentemente supremo dentro de qualquer ordem constitucional, sempre aliado com a dignidade, pois sabido é o entendimento de que vida sem dignidade não é vida – depende de muito mais do que esforços teóricos; é a suprema avocação do conhecimento humano em torno de sua própria essência natural.

Dos conceitos postos no momento oportuno até a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, visível é o fato de que a vida tem sido constantemente influenciada por critérios dignificadores, principalmente após o advento da Segunda Grande Guerra, quando os terrores da morte súbita e da vida indigna – males equiparáveis – assolavam grande parte do continente asiático e europeu. Inafastável é, assim, o reconhecimento da dignidade como elemento indissociável da vida.

O processo de insurgência da dignidade humana como elemento balizador do debate vital – tanto quanto a seu *início* quanto a seu *desenvolvimento* – força o reconhecimento o início desta mesma vida a partir dos critérios de potencialidade que ensejam a própria dignidade; é a autodeterminação e o compartilhamento do sentimento de equanimidade que fazem, com fulcro nas premissas kantianas, a vida surgir e a dignidade a englobar.

O processo de colisão entre dignidades, geralmente expresso no caso de abortos ou de pesquisas com células-tronco, também demonstra a necessidade de sobreposição de valores que coadunem não apenas com o princípio utilitarista, mas com a efetiva demonstração da dignidade *mais* atingida. A questão volta a ser, assim, a prevalência da dignidade de um sujeito ainda restrito em suas potencialidades *versus* a opção pela proteção da dignidade de uma mulher ou de vários indivíduos que carecem de tratamento.

Nenhuma resposta quanto ao tema pode – ou deve – ser definitiva, tão logo são conceitos habitualmente revisitados durante todo o processo histórico de

formulação filosófica e jurídica. O que não deve ocorrer, desta forma, é a isenção dos mecanismos jurisdicionais constitucionais para a dicção de uma resposta hábil a solver, ainda que momentaneamente, as dificuldades de desenvolvimento científico em detrimento da teórica vida humana, sempre aliando a dignidade como critério conceituador e protetor da vida, ambas inexistindo enquanto separadas.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510*. Voto da Ministra Ellen Gracie. 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510*. Voto do Ministro Relator Ayres Britto. 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

CAES, V. A concepção de indivíduo segundo Kierkegaard. In: SEMINÁRIO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA UFSCAR, 7., 2011, São Carlos. *Anais [...]*. São Carlos: UFSCar, 2011. p. 437-446. Disponível em: <http://www.ufscar.br/~sempg-fil/wp-content/uploads/2012/05/ualdineicaes.pdf>. Acesso em: 01 out. 2014.

CORRÊA, A. L. *et al.* Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia. *Filosofia e História da Biologia*, Bauru, v. 3, p. 21-40, 2008. Disponível em: <http://www.abfhib.org/FHB/FHB-03/FHB-u-03-02-Andre-Correa-et-al.pdf>. Acesso em: 14 set. 2014.

FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HÄBERLE, P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45-103.

HABERMAS, J. *O Futuro da Natureza Humana: A caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.


KIRSTE, S. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 175-198.

KLOEPFER, M. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145-174.

MAYR, E. *Biologia, ciência única: reflexões sobre a autonomia de uma disciplina científica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NEUMANN, U. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 225-240.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15-43.



---

**CAPÍTULO II**  
**REPRODUÇÃO**  
**HUMANA ASSISTIDA E**  
**HORIZONTALIDADE DOS**  
**DIREITOS FUNDAMENTAIS**



Os vetores bioéticos, oriundos da Reprodução Humana Assistida, emergiram numa série de conflitos jurídicos já detalhados pela literatura especializada, conforme esperado. A possibilidade de controlar a própria reprodução da espécie é matéria controvertida por razões que extrapolam a religião e o mero senso comum arraigado: é questão ética de observância elementar.

O problema ético – e jurídico – da Reprodução Humana Assistida, como não poderia deixar de ser, vai ao imediato encontro da teoria já solidificada dos direitos fundamentais; garantias constitucionais positivadas ou naturais agora passam ao centro das atenções graças à postura judicial esperada em detrimento das inúmeras possibilidades que o caso concreto apresenta sem cessar, numa clara demonstração de que o Poder Judiciário apresenta sua face ativista também nos quadros de reprodução assistida.

Os direitos fundamentais, com a teoria da horizontalização, cuidam de estabelecer a série de nuances éticas e jurídicas que a Reprodução Humana Assistida avoca. A inafastável necessidade de respeito aos direitos fundamentais, agora no plano entre particulares, traz uma série de possibilidades jurídicas sobre as quais o presente estudo repousa. A questão que funda o corrente estudo passa a ser, então, sobre o plano de tal horizontalização nas relações contratuais oriundas da reprodução assistida apontada, e de que maneira elas quedam alteradas com tal advento teórico.

A intimidade genética, decorrente do direito à intimidade, revela diversas potencialidades de elementos e conflitos, diferenciando-se do status de mero *hard case* exigente de eventual ponderação, a horizontalidade dos direitos fundamentais traz à baila a pertinência e alcance de tal direito dentro do plano contratual da reprodução assistida.

Neste sentido, coligando o direito fundamental à intimidade, neste caso, genética, com a própria teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais, tem-se uma das mais relevantes questões do direito contemporâneo, com a sociedade contemporânea funcionando como mais do que mero pano de fundo, mas como alimentador do próprio fato social que lhe atinge, com as relações jurídico-contratuais extrapolando o simples alcance volitivo, abarcando, desde já, dilemas éticos e paradoxos jurídicos, a fim de revelar a verdadeira finalidade

– e limitação – dos direitos fundamentais horizontais no caso da Reprodução Humana Assistida.

## 1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O anseio do exercício da maternidade/paternidade, um dos mais naturais e compreensíveis dos desejos humanos, não pode ser desvinculado do processo de Reprodução Humana Assistida. O processo de filiação e formação familiar data desde os primórdios da história humana, sendo que Rouland (2003) acertadamente lança as bases de tal questão: o que nos diferencia de todos os outros animais é justamente o reconhecimento, fomento e continuidade de laços familiares com papéis institucionais integralizados.

A maternidade emerge, de acordo com Barbosa (2003, p. 44) como “destino social das mulheres”, de maneira que acima da expectativa de toda a sociedade em torno da geração de filhos, a gestação também acarreta um mecanismo identitário que fornece significado e contexto para as mulheres que almejam a geração de filhos; evitá-la ou não obtê-la, assim, tem um custo social e individual.

A definição formada por Ahmad (2009), que traz a paternidade como *status pessoal*, surge antes mesmo do próprio processo de historicismo da formação familiar dentro de modelos reprodutivos, de maneira que, na esmagadora maioria das vezes, a formação do núcleo familiar humano é processo de formação identitária tal qual o nascimento ou a morte.

A esterilidade, assim, traz consigo inúmeros contratempos e estigmatizações sociais, pois desde já se sabe que “[...] o desejo de procriar é antigo.” (FERRAZ, 2011, p. 39). Ferraz (2011) aponta que o repúdio familiar era esmagador em relação às mulheres incapazes de gerar descendentes, sendo que a modalidade masculina de infertilidade<sup>14</sup> não era sequer investigada. Dessa

<sup>14</sup> Há unanimidade na doutrina especializada dentro da ressalva existente entre *infertilidade* e *esterilidade*, sendo que a primeira apresenta tratamento médico, podendo ser até mesmo



forma, a mulher sempre foi o principal alvo de críticas quando em relação a não geração de filhos, culminando com abandono da mesma em alguns casos.

Pesquisas recentes dão conta de que disfunções causadoras de infertilidade se distribuem à razão de 40% (quarenta por cento) entre o sexo feminino, com o mesmo número acometendo homens, sendo os 20% (vinte por cento) sobressalentes a combinação de circunstâncias de ambos os sexos, que impossibilitam a geração de filhos (BARBOSA, 2003). Não obstante, foi apenas a partir do ano de 1677, com a invenção do microscópio por Leeuwenhoek, que as causas da infertilidade masculina tiveram possibilidade de serem investigadas, mormente pela escassez de espermatozoides (FERRAZ, 2011).

No seio da família, era muito comum a esterilidade provocar sua desagregação em face do sentimento de incompetência, frustração, culpa, inferioridade e angústia pelo fracasso no projeto parental, principalmente o de perpetuação dos membros da família, quando o biologismo era tido como a única forma de concretizá-lo. Não se pode olvidar, também, as consequências para o homem e para a mulher do ponto de vista social, já que as pessoas em geral associavam a esterilidade, seja ela masculina ou feminina, à derrota e a um mal incomensurável. (FERRAZ, 2011, p. 41).

A primeira fecundação relatada, foi de uma égua que, com o auxílio humano foi fecundada em 1332, assim data o primeiro registro de utilização da técnica de inseminação artificial (BARBOSA, 2003). Já, quanto à experiência em seres humanos, Scarparo (1991) afirma que a prática de inseminação artificial ocorreu por volta de 1494, quando tal técnica foi experimentada na rainha D. Joana de Portugal, restou em tentativa infrutífera. Ainda, de acordo com a mesma autora, por volta de 1785, o sucesso foi alcançado através das técnicas de reprodução artificial em um ser humano, quando Thouret, Decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar sua própria esposa estéril.

---

curada, ao contrário da última, que é cingida pela irreversibilidade. Na esteira de Ahmad (2009) e Ferraz (2011), o corrente estudo reconhece tal diferenciação, optando pela utilização do termo *infertilidade* como conglobante de ambas as formas.

Gregor Mendel, estipulando as bases do estudo da genética enquanto campo científico autônomo, forneceu a sedimentação necessária para o desenvolvimento da Engenharia Genética, agora capitaneada por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, ambos tidos como pais de tal seara metodológica. A Reprodução Humana Assistida, enquanto mecanismo auxiliar para casais que possuem dificuldades de reprodução, somente adquiriu formatação a partir de tal estudo, sendo a Engenharia Genética o vetor possibilitador do desenvolvimento e evolução da Reprodução Humana Assistida, dentro de todas as modalidades hoje existentes (FERRAZ, 2011).

Em 1978, surge o primeiro bebê de proveta no mundo, inúmeros anos de pesquisa foram necessários. Tal criança, concebida pelo método da fertilização *in vitro*, ou *fiivete*, trouxe consigo uma série de críticas – influenciadas principalmente por argumentos de cunho religioso afirmando como desnecessária a intervenção humana em processos reprodutivos – sendo que, como aponta ainda Ferraz (2011), algumas outras técnicas passaram a ser desenvolvidas com o objetivo específico de intervir o mínimo possível em tal processo reprodutivo, conforme ver-se-á ainda neste artigo.

A primeira modalidade de Reprodução Humana Assistida, foi a Inseminação Artificial, técnica de imensa complexidade, sendo que tal instrumento de reprodução funciona nos casos de falha nas *etapas* do processo reprodutivo, e não necessariamente nas bases celulares. O sucesso de tal técnica depende “[...] do cálculo exato da ovulação, pois o material germinativo masculino é introduzido no útero, devendo se desenvolver naturalmente a gestação.” (FERRAZ, 2011, p. 44).

Quando avanços científicos deram conta de descobrir de maneira precisa o ciclo fértil feminino em 1932, a inseminação artificial passou a ser possível. Em complemento, no ano de 1945, a criopreservação do sêmen veio a colaborar com tal cenário de apoio científico reprodutivo (FERRAZ, 2011). Assim, com a inserção do sêmen no interior uterino, é de se esperar que tal forma reprodutiva reproduza com maior similitude o que naturalmente ocorreria, caso não houvesse falhas no ciclo de fatores da reprodução.

Existe duas formas de inseminação artificial, descritas por Ferraz (2011), sendo elas homólogas e heterólogas; na primeira forma o sêmen a ser implantado

na mulher é de origem do próprio marido ou companheiro; e na última, o sêmen advém de doador alheio ao processo reprodutivo. Sem prejuízo do exposto, vê-se ainda a inseminação artificial biosseminal, quando, para aumentar as chances de sucesso da inseminação, o sêmen é recolhido do marido e do doador, utilizando-os ao mesmo tempo.

Insta ressaltar que o material genético masculino, dentro da inseminação artificial, é recolhido por masturbação, em seguida separados entre normais e anormais – distinguidos através da *velocidade e qualidade* do espermatozoide – e posteriormente imersos em líquido próprio, podendo, inclusive, serem conservados por até vinte anos através da técnica da criopreservação (FERRAZ, 2011).

Prosseguindo a análise bibliográfica dentro da fertilização in vitro, foi nela que, como já exposto, se viu a possibilidade de geração de uma vida efetivamente através do meio científico, com a ocorrência do primeiro bebê de proveta na década de 1970, ressaltando a importância – e se fazendo perceber a vinculação das formas assistidas de reprodução com os ramos mais complexos da Engenharia Gênica – de tal modalidade dentro dos limites evolutivos científicos, como bem assinala Hammerschmidt (2013).

De acordo com Ommati (1999) o procedimento de fertilização in vitro é seguido de transferência de embriões, de modo que o zigoto ou os zigotos permanecem incubados in vitro até que atinjam um estado de maturação o bastante para a transferência até o útero ou às trompas. Para Ferraz (2011, p. 45), a “[...] fertilização in vitro consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora.”

Weider (2007) aponta quatro condições indispensáveis para o sucesso do procedimento:

- a) o óvulo deve ter seu metabolismo funcionando perfeitamente;
- b) o óvulo deve ser penetrado pelo esperma, ambos se incorporando;
- c) o cromossomo e o núcleo do óvulo devem estar unidos;

- d) devem também estar unidos o cromossomo e o núcleo do espermatozoide penetrante.

Da mesma forma que a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga, neste procedimento há possibilidade do material genético feminino advir de doadora, considerando também a possibilidade de gestação no útero de terceira mulher, conhecida como doação temporária de útero (FERRAZ, 2011).

Ocorre ainda, na fertilização *in vitro*, um processo de indução da ovulação através da inserção de hormônios femininos. Desta forma, a mulher tende a liberar mais óvulos, facilitando a inseminação, porém em quantidade baixa o bastante para evitar a gravidez simultânea de duas ou mais crianças. Assim, após o prazo de trinta e seis horas de adequação dos óvulos, haverá a punção dos mesmos, com a consequente doação de material genético por parte do parceiro, ou mero recolhimento do material previamente congelado, sendo que óvulos e espermatozoides são analisados e postos no mesmo meio. A verificação de eventual fertilização se dá 48 horas após o citado, e, caso tenha ocorrido, os embriões serão inseridos no útero, com realização de teste de gravidez quatorze dias após a inserção (FERRAZ, 2011).

A Reprodução Humana Assistida com gametas, ou *Gamete Intrafallopean Transfer (GIFT)*, também funciona como mecanismo auxiliar dos genitores no processo reprodutivo dificultoso. Como explica Ferraz (2011), através de laparoscopia, óvulos da mulher são recolhidos, bem como o esperma, ambos colocados numa cânula especial, preparados conforme o protocolo médico, tal junção é introduzida em cada uma das trompas de Falópio, onde a fertilização passa a ocorrer naturalmente.

A diferença entre o *Gamete Intrafallopean Transfer* e a fertilização *in vitro* é o fato de ocorrer no interior do corpo feminino, não extracorporeamente, como a última. Assim, tal técnica exsurge como uma alternativa às fertilizações *in vitro* para o oferecimento de condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação para o embrião, o que reduz o risco de gravidezes extrauterinas, sendo, inclusive, mais aceita pela Igreja Católica (FERRAZ, 2011).

A *ZygoteIntrafallopianTransfer*(ZIFT) é a penúltima técnica aplicável dentro dos moldes aludidos, enquanto variante da fertilização *in vitro*. Assim, os espermatozoides são postos em contato com os óvulos, sem que seja dentro do corpo da mulher, havendo a formação do zigoto com a fecundação. A diferença entre tal técnica e a *GIFT* é que “[...] nesta, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, nas trompas, enquanto na técnica ZIFT, ocorre fora do corpo da mulher.” (FERRAZ, 2011, p. 48). Após um ano de seguidas tentativas de fecundação natural, tal técnica é indicada, além de sê-la para casais que falharam à estimulação ovariana com inseminação intrauterina durante cinco ou seis ciclos, sendo a ZIFT mais rápida que a *GIFT*, havendo menos chances, inclusive, de uma gestação múltipla (FERRAZ, 2011).

No caso de mulheres que não podem gerar um filho em decorrência de indicação médica para a não gestação – casos como a insuficiência renal grave–, ou devido à ausência de útero, tem-se a maternidade de substituição como alternativa. Conforme Ommati (1999) ressalva, não se trata de uma instrumentalidade *biológica*, mas da simples utilização da fertilidade de outra mulher para gestação, consoante a impossibilidade física da primeira mulher. Tal técnica também é utilizada por pares homossexuais, que a vê como solução para o problema da incompatibilidade de gêneros.

Observação que deve ser levantada, como bem aponta Ferraz (2011, p. 49), é a possibilidade de “[...] ser feita a distinção entre mãe portadora e mãe substituta, recebendo a primeira o óvulo do casal já fecundado, enquanto a segunda é inseminada com o esperma do marido da solicitante, fornecendo também o óvulo.” Assim, a mulher que carrega o feto pode não transmitir informação genética alguma ao feto, uma vez que todo o material genético adueio dos contratantes ou de terceiros.

Não permanecem dúvidas de que tais modalidades de implantação de material genético acarretam inúmeras discussões no plano bioético, moral e jurídico, mormente na seara dos direitos fundamentais, conforme se fará ver a seguir, sempre apelando à mínima regulamentação normativa para o fornecimento de respostas adequadas para os casos em tela.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA HORIZONTALIDADE

Os direitos fundamentais e a teoria da horizontalidade, é uma das mais, senão a mais robusta dentro do direito. A tentativa da literatura especializada de conceituar e determinar tais axiomas data de muito além deste século, com a notória e plausível dificuldade em circundar um tema de tamanha complexidade. Como bem apontam Dimoulis e Martins (2014), os próprios direitos fundamentais não são conhecidos *apenas* como direitos fundamentais, incluindo liberdades fundamentais, liberdades individuais, liberdades públicas, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos subjetivos, entre outros.

É explicável a adoção generalizada da terminologia *direitos fundamentais*, ao menos no caso brasileiro, pelo fato do próprio Texto Magno explicitar a mesma, em seu Título II. Contudo, insta salientar que a própria Constituição brasileira adotou terminologias diversas em alguns momentos, o que pode prejudicar a defesa sistemática de tais garantias, como expõem Dimoulis e Martins (2014), que lamentam a inconstância da expressão na Carta Magna. Para os autores, tal questão terminológica primordial apresenta duas facetas: a) na história constitucional global, várias expressões passaram a possuir diversos significados; e b) a utilização de determinada terminologia pela Constituição pode ofertar argumentos pontuais e sistemáticos contra ou a favor a tutela de determinados direitos, como, *verbi gratia*, sugerindo a exclusão, quando na referência a direitos *individuais* ou liberdades fundamentais, dos direitos sociais, visto que parte da doutrina especializada chega a considerar os direitos sociais como subespécies dos direitos coletivos, não cabendo sua análise enquanto tipos individuais.

Assim sendo, “[...] não há uma terminologia correta” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 40) para a definição conglobante dos direitos fundamentais, devendo o estudo ser respaldado no próprio sentido que ultrapassa mera terminologia e dá aporte à devida construção teórica. Assim, Cavalcante Filho (2015) prefere expor os direitos fundamentais unicamente com suas bases fundantes: o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme exposto, os direitos fundamentais adquirem relevo na ordem jurídica a partir do momento em que são fundados dentro de um contexto sabidamente democrático. Passam, assim, a ser definidos como “[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41).

Pfaffenseller (2007), adotando posição mais comedida, acredita na dificuldade de conceituação dos direitos fundamentais pelo fato de terem de ser colocados contra a perspectiva histórica e social que lhes funda. Neste sentido, “uma das principais problemáticas dos Direitos Fundamentais é a busca de um fundamento absoluto sobre o qual respaldá-los, de modo [...] a garantir sua observância de maneira universal.” (PFAFFENSELLER, 2007, p. 93).

Não há dúvidas que toda a tentativa de erigir um conceito e um pano de fundo para os direitos fundamentais serve exclusivamente para garantir sua defesa e sua efetividade, sendo tais garantias elementares verdadeiras preocupações sociais, filosóficas e, obviamente, eminentemente jurídicas (PFAFFENSELLER, 2007). Noutra senda, Maia (2008) lança mão do critério objetivo quanto aos direitos fundamentais, reconhecendo-os como vantagens prescritas na Carta Magna, mas não vendo razão para não crer na verticalização dos direitos fundamentais, sendo o único problema sua horizontalização.

Maia aponta que tal horizontalização dos direitos fundamentais também é conhecida como eficácia externa ou privada dos direitos fundamentais, surgindo em oposição à óbvia relação Estado-indivíduo, onde o ente supraindividual deve obedecer de maneira *incontinenti* o constitucionalmente resguardado na tratativa para com o sujeito, sendo a questão agora a eficácia de tais liberdades intersubjetivas dentro da esfera entre particulares (2008). É graças à eficácia direta ou imediata que emana dos direitos fundamentais que tal exigibilidade horizontal pode ser levada a cabo, sendo que Canaris (2003) já chegou a explicitar o fato da relação Constituição-particular ser o grande problema da teoria constitucional deste século.

O Direito Civil é o ramo mais atingido pela horizontalização, nenhum outro ramo do direito é tão atingido. Neste sentido, aponta Maia (2008) que a tendência de tal horizontalização dos direitos fundamentais gerou o surgimento de um Direito Civil constitucionalizado, também conhecido tal movimento como a *publicização* do Direito Privado, ou até mesmo a privatização do Direito Público, evocando uma profunda modificação estrutural no Direito Civil, que passa a se inter-relacionar profundamente com o Direito Constitucional, fazendo com que o ramo civilista procure um constante ponto de partida no texto magno.

Não restam equívocos que tal “[...] vinculação de sujeitos de direito além do Estado” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 103) traz em seu bojo uma série de nuances vislumbráveis dentro do pano de fundo constitucional. O primeiro de tais vetores é quanto à *aplicabilidade* dos direitos fundamentais em relações horizontais, tão logo, num primeiro momento, a horizontalidade jusfundamental foi percebida apenas no âmbito direto, ou seja, com todas as normas constitucionais revestidas de aplicabilidade imediata entre particulares.

Dimoulis e Martins (2014) trazem o fato de que o direito passou a reconhecer, posteriormente, o efeito horizontal indireto, com aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais dentro da seara privada. Assim, dentro do *Ausstrahlungswirkung*, o efeito de irradiação dos direitos fundamentais horizontais, “o problema que se apresenta é saber *como* se manifesta o efeito horizontal nos casos concretos [...]” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 104).

Apesar de objetiva, não é simples a resposta. Vislumbrar a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais exsurge da análise das circunstâncias fáticas, tão logo o elemento indispensável para tal aplicação “[...] não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos *vs.* pobres, empregados *vs.* empregadores, empresas *vs.* consumidores etc.)” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 106), mas, sim, uma diferenciação desigual de posições no cerne da relação jurídica analisada – e comprovada – no caso concreto.



### 3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do panorama exposto dos direitos fundamentais adquirindo máximo relevo dentro das relações entre particulares, parece assistir razão à Petterle (2007) quando vislumbra os direitos fundamentais que mais correm riscos neste caso: a intimidade e a identidade genética. Hammerschmidt (2013), neste mesmo sentido, vê a intimidade genética como direito personalíssimo e em verdadeiro risco no caso apontado.

Partindo do espectro da identidade como ferramenta eminentemente social, expõem Fraser e Lima (2012, p. 364, grifo nosso) que “[...] a identidade é um instrumento fundamental para a individualização social e jurídica do ser humano, e que pode ser compreendida como a *projeção pública de sua personalidade*.” A questão genética passa a ser, assim, quanto às garantias de se permanecer como indivíduo irrepetível em todos os planos identitários, iniciando quanto à própria ascendência biológica.

Na esfera dos contratos clínicos erigidos em torno da relação jurídica que versa acerca da Reprodução Humana Assistida, a horizontalização dos direitos fundamentais, dentro dos critérios direto e indireto apontados neste artigo por Dimoulis e Martins (2014), é observada na manutenção do anonimato do doador e do receptor do material genético, tão logo toda a relação de direito aqui apontada baseia-se na premissa elementar do anonimato.

A intimidade entendendo-se “[...] como um *direito negativo* ou de proteção contra ingerências legítimas” (HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 94, grifo do autor), não pode ser afastado o seu critério de direito fundamental, pois mais do que meramente transcrito no texto constitucional, “a intimidade é um direito inerente à pessoa, que não é preciso ser conquistado para possuí-lo nem se perde por desconhecê-lo. É uma característica própria do ser humano pelo mero fato de sê-lo” (HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 93, grifo nosso).

Agostini aponta que (2011), a situação da intimidade enquanto direito fundamental foi drasticamente alterada na ordem constituinte pós-1988. O autor

expõe, ainda, que a Carta Magna de 1988, mais do que expressar literalmente a intimidade enquanto garantia do indivíduo – conforme o artigo 5º, inciso X da Lei Fundamental – pôs esta mesma intimidade no patamar jusfundamental de cumprimento das “[...] exigências de dignidade, de liberdade e igualdade humanas [...]” (AGOSTINI, 2011, p. 135).

O acatamento ao direito à intimidade se revela elementar na medida em que apresenta tríplice importância: para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, para o aprimoramento social e para a própria sustentação de regimes pautados na democracia. Quanto a esta última, expõe Agostini (2011) que forças são voltadas *contra* a intimidade em regimes que não o democrático. Exemplo mais claro do exposto pelo autor é o autoritarismo, quando a privacidade é a ameaça constante ao estabelecimento governamental, tão logo a própria subsistência do regime ditatorial é ameaçada pelo não controle e manipulação da esfera íntima dos cidadãos. A utopia, não obstante, planifica os cidadãos de maneira implacável, trazendo consigo a necessidade de dissolução das esferas pública e privada.

O sigilo da informação genética enquanto norte da horizontalização dos direitos fundamentais no âmbito da Reprodução Humana Assistida, Petterle (2007) demonstra que o direito à identidade genética – e seu sigilo – abrange o genoma de cada indivíduo, ou seja, a base biológica genética essencial e irrepetível de cada ser humano. Não há dúvidas, assim, de que a questão passa a ser única e exclusivamente a necessidade de se revelar a identidade do doador e/ou receptor como definição de colisão de direitos fundamentais no plano horizontal.

Como tal *hard case*, tem-se, por exemplo, o caso da necessidade eminente de se revelar a identidade do doador de material genético em virtude da criança gerada a partir de tal material doado, carecer, agora, de determinada parte do corpo do progenitor. É plausível tal situação no caso de crianças com leucemia, onde a medula óssea compatível pode ser única e exclusivamente a do fornecedor de material. Diante de tal imbróglgio, urge a necessidade de percepção da horizontalidade dos direitos fundamentais, inclusive quanto à teoria da ponderação.

A solução para os problemas que se apresentam nas circunstâncias fáticas repousa nos princípios hermenêuticos constitucionais, mormente o princípio da unidade da constituição, que se relaciona profundamente com o princípio da concordância real entre os valores expressos no texto constitucional, de modo que seja viabilizado a eficácia de ambos os axiomas, sem que seja um em detrimento do outro. Assim, o estabelecimento de limites, no caso prático, urge pela proporcionalidade, não devendo ultrapassar o necessário quando da coadunação de ambos os bens jurídicos (PETTERLE, 2007).

O direito à identidade dentro de tal quadro de conhecimento das origens genéticas traz à baila o fato do conhecimento da paternidade biológica constituir um “[...] fator social imprescindível para a concretização de direitos da personalidade, pois toda pessoa humana, especialmente aquela em formação, tem direito à paternidade.” (AHMAD, 2009, p. 22). Neste mesmo sentido, ponto que fortalece a identidade genética como garantia fundamental é o fato da informação genética ser estrutural, permanecendo com “[...] o indivíduo desde o nascimento até a morte, e por isso possui características especiais que a diferenciam das outras [informações]: é involuntária, indestrutível, permanente e singular.” (HAMMERSCHMIDT, 2013, p. 90).

Nada obstante, sintetiza Petterle (2007, p. 110) que “[...] a identidade genética pessoa humana é um bem jurídico a ser preservado, enquanto uma das manifestações essenciais da personalidade humana.” Urge, assim, expor o fato de a informação genética portar a “[...] garantia de desenvolvimento e formação da individualidade” (AHMAD, 2009, p. 22), de forma que a identidade – agora compreendida como fator social de abrangência múltipla; imagem, honra e auto-definição – seja garantida pelo mais basilar fundamento: a expressão gênica.

Consequentemente, também expõe Petterle (2007, p. 113) que “como direito de defesa, o direito à identidade genética opera como uma barreira, invalidando todos os atos atentatórios à identidade genética do ser humano, independentemente da natureza pública ou privada destes atos, sejam normativos ou não.” Os principais casos apontados pela autora aludida são a função defensiva voltada ao conhecimento do genoma humano; à clonagem humana; a não alteração da identidade genética. Nada obsta, contudo, a análise

do exposto ao caso da necessidade de revelação da identidade do doador e/ou receptor de determinado material genético, despontando também aqui a função defensiva do direito à intimidade genética.

É por não haver absolutismos constitucionais que o tema se reveste da inegável importância até então apontada. As circunstâncias concretas, assim, dão azo única e exclusivamente à sua análise dentro do panorama da ponderação, onde a horizontalidade dos direitos fundamentais reflete a inafastável necessidade de observar a intimidade conjugada com outros valores supremos da Constituição, quais sejam, a vida, a liberdade ou a própria dignidade de outro ser humano.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há direção incontestável nos direitos fundamentais que se compare com a dignidade da pessoa humana. A noção de humanidade como fundamento autorreferenciador do homem é o que lhe dá azo à observância dos mais diversos direitos fundamentais, da vida ao devido processo legal. A dignidade, assim, é o significado primeiro do próprio sentido de humanidade.

Ao passo que a base inafastável da construção dos direitos fundamentais, a dignidade humana assenta em si as premissas elementares do respeito a tudo que confere sedimento e relevo à identidade humana, como, consoante o até então exposto, o próprio direito à intimidade.

A necessidade de ser respeitado enquanto organismo único traz à baila, mais uma vez, o autorreferenciamento como medida pontual para a caracterização do sentimento de humanidade, tão logo a própria construção dos direitos fundamentais revela a indissociável noção de irrepetibilidade humana. Ser visto, assim, como organismo único, traz a noção do ser humano como fundamento elementar de toda uma ordem jurídico-constitucional.

O paradoxo pós-moderno do processo de Reprodução Humana Assistida exsurge como contorno técnico-científicos. A possibilidade de controle sobre os próprios mecanismos de reprodução acalenta mais do que sonho da humanidade,

mas também traz consigo uma série de vetores bioéticos dos quais o direito não pode se eximir de posicionamentos. É dentro de tal quadro de complexidade social que os direitos fundamentais – e sua necessidade de equilíbrio – emergem como respostas lógicas.

Os direitos fundamentais, e a própria teoria da horizontalidade, que, como visto, adquire enorme relevo após o contexto da Segunda Guerra Mundial, demonstra a eminente necessidade de concatenação de objetivos comuns de relações privadas dentro do complexo cenário do direito público. O respeito – que aqui quase beira a observância obrigatória conferida pelo critério da aplicabilidade (i)mediata dos direitos fundamentais – às garantias constitucionais elementares traz à tona uma série de questionamentos sobre a validade e a ponderação de tais relações jurídicas.

A consideração do anonimato, tanto do doador de material genético quanto de seu receptor, enquanto base para o funcionamento de tal relação essencialmente contratual, agora adquire contornos de paradoxo jusfundamental. A eventual necessidade de revelação da identidade de um ou de ambos os polos de tal relação jurídico-contratual para que outro direito fundamental seja respeitado traz à tona a cartela de princípios constitucionais sistemáticos que orientam tais situações conflituosas e paradoxais. A ponderação, aqui, mais uma vez deve ser detida e em consonância com a complexidade do caso concreto apresentado.

Não há, por fim, prevalência deste ou daquele direito fundamental dentro da ordem jurídica, mas, sim, a constante lembrança da impossibilidade de absolutismos em matéria de liberdades intersubjetivas, pois o próprio quadro da Reprodução Humana Assistida emerge dentro da relativização de várias destas mesmas liberdades. O que urge, então, é a rememoração de que a ordem constitucional não prega valores imutáveis e intangíveis, mas a concatenação e o justo equilíbrio, aqui sempre analisados dentro do fulcro da ponderação.

## REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, L. C. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.
- AHMAD, R. B. R. *Identidade Genética e Exame de DNA*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARBOSA, R. Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: produzindo classes distintas de mulheres? In: GROSSI, M. et al. (org.). *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: Questões e Desafios*. Brasília, DF: Letras Livres, 2003, p. 41-52.
- CANARIS, C. W. *Direitos fundamentais e direito privado*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2003.
- CAVALCANTE FILHO, J. T. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTuJustica/portalTuJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTuJustica/portalTuJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf). Acesso em: 2 jan. 2015.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAZ, A. C. B. C. *Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá, 2011.
- FRASER, R. T. D.; LIMA, I. M. S. O. Intersexualidade e Direito à Identidade: Uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. *Journal of Human Growth and Development*, v. 22, n. 3, p. 358-366, 2012.
- HAMMERSCHMIDT, D. *Intimidade Genética e Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MAIA, R. Da horizontalização dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, ed. especial, p. 107-126. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/08.pd>. Acesso em: 2 jan. 2015.

OMMATI, J. E. M. As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 36, n. 141, p. 229-238, 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r141-17.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

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

PFAFFENSELLER, M. Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Jurídica*, Brasília, DF, v. 9, n. 85, p. 92-107, jun./jul. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/Artigos/PDF/MichelliPffaffenseller\\_Rev85.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPffaffenseller_Rev85.pdf). Acesso em: 2 jan. 2015.


ROULAND, N. *Nos confins do Direito: Antropologia Jurídica da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCARPARO, M. S. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

WEIDER, R. *Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.







---

**CAPÍTULO III**  
**O DIREITO À VIDA VERSUS O**  
**DIREITO À PRIVACIDADE NOS**  
**CONTRATOS DE DOAÇÃO DE**  
**MATERIAL GENÉTICO**



A Reprodução Humana Assistida, como já esperado, trouxe consigo uma série de vetores bioéticos, que emergem numa série de conflitos jurídicos já detalhados pela literatura especializada. A possibilidade de controlar a própria reprodução da espécie é matéria controvertida por razões que extrapolam a religião e o mero senso comum arraigado: é questão ética de observância elementar.

O problema ético – e jurídico – da Reprodução Humana Assistida, como não poderia deixar de ser, vai ao imediato encontro da teoria já solidificada dos direitos fundamentais. Garantias constitucionais positivadas ou naturais agora passam ao centro das atenções graças à postura judicial esperada em detrimento das inúmeras possibilidades que o caso concreto apresenta sem cessar.

A horizontalização dos direitos fundamentais – teoria que passa a ganhar força após o advento da Segunda Guerra Mundial – cuida de estabelecer a série de nuances éticas e jurídicas que a Reprodução Humana Assistida avoca. A inafastável necessidade de respeito aos direitos fundamentais, agora no plano entre particulares, traz uma série de possibilidades jurídicas sobre as quais o presente estudo repousa.

Tendo-se de um lado a vida e doutro da privacidade, ambas as garantias jusfundamentais não funcionam como compartimentos estanques e impassíveis de ponderação e apreciação. Como direitos fundamentais que são, podem colidir a qualquer instante, invocando a imediata aplicação das técnicas de solução de tais conflitos, onde se destaca a ponderação de Alexy.

Assim sendo, o presente estudo se inicia pela análise dos conflitos de direitos fundamentais, debruçando-se sobre seus elementos informadores e respectivos conceitos, passando, num segundo momento, à análise das técnicas de solução de colisão entre as garantias constitucionais apontadas. O tópico final, por sua vez, é dedicado inteiramente ao *hard case* que enseja a realização desta pesquisa: vida e privacidade enquanto direitos fundamentais colidentes nos contratos de doação de material genético e os possíveis desdobramentos de tal paradoxo constitucional, com a constante visualização de todos os seus elementos informadores.

## 1 A PROBLEMÁTICA DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, sob o espreque jurídico-dogmático, adquirem importância sob o plano de sua violação. Não há quem pense no livre exercício jusfundamental quando na plena titularidade destas mesmas garantias, mas inolvidáveis são seus mecanismos de defesa num quadro de flagrante intransigência constitucional. Assim, é acertado expor que “[...] os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 129).

Para Dimoulis e Martins (2014, p. 129), “o estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica enquanto se limita a reproduzir e comentar o conteúdo garantido na Constituição.” Só há relevância no aprofundamento teórico dos direitos fundamentais, de acordo com os autores apontados, quando se “[...] formula e responde a pergunta: Sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita?” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 130).

Dois condições são necessárias para a visualização da importância do estudo dos direitos fundamentais: “a presença de um óbice em relação ao exercício do direito fundamental e a provocação desse óbice por norma hierarquicamente inferior à Constituição” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 130), sendo que tal óbice pode ser de origem normativa ou mero ato administrativo.

Ressalva que merece ser apontada é quanto aos tipos de conflitos que emergem do caso concreto. Tal embate entre direitos fundamentais pode ser de duas ordens: *direto* ou *de interesse geral*. O primeiro caso exsurge entre o liame conflituoso direto entre dois direitos fundamentais – liberdade de imprensa e intimidade; vida e privacidade; etc. – e o segundo advém do embate entre uma parcela divisível ou não de indivíduos e um sujeito de direitos, como proteção ambiental *versus* atividade empresarial, segurança pública *versus* manifestações violentas, entre outras (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Um conceito que merece ser apontado é acerca da instrumentalidade normativa dos direitos fundamentais. Iniciada pela teoria alemã e assentada no Brasil graças à obra de Sarlet (2009) e Steinmetz (2001), tal instrumentalidade pauta “[...] o exame de constitucionalidade específico e a argumentação a ele inerente, facilitando a tarefa de identificar com a maior precisão possível a extensão da violação de quais normas constitucionais.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 132).

São conceitos englobados por tal instrumentalidade: “área de regulamentação, área de proteção objetiva [*status jurídico tutelado*] e área de proteção subjetiva (titular) compõem o *tipo normativo* de um direito fundamental (*Grundrechtstatbestand*).” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 132).

Archanjo (2008) lança luzes acerca da *fundamentalidade* dos direitos fundamentais. Para a autora, a questão central antes de se desdobrar no próprio embate jusfundamental é “por que os direitos fundamentais são ditos fundamentais.” (ARCHANJO, 2008, p. 155). Caminho que se aponta é em direção da teoria de Alexy, onde direitos fundamentais podem ser *formal* ou *materialmente constitucionais*, sendo os primeiros vislumbráveis como direitos dentro da moldura textual constitucional expressa, e os últimos como advindos de documentos internacionais ou do próprio sentimento de dignidade jusnaturalista, remanescendo o problema quanto a *quais* direitos teriam expressividade jusfundamental o bastante para sustentar sua própria qualidade de direito fundamental.

Importante distinção a ser traçada é quanto à *concorrência e colisão* de direitos fundamentais, vez que “[...] desempenham papéis dogmáticos a serem enfrentados em momentos diferentes do exame de constitucionalidade e, portanto, muito distintos entre si.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 169). A colisão de tais direitos é analisada unicamente no instante da possível justificação de eventual intervenção do Estado, visto que uma garantia fundamental de titular de direito pode estar cerceando o livre exercício de direito fundamental atingido pela própria ação ou omissão estatal.

A concorrência de garantias jusfundamentais possui, no exame de constitucionalidade, caráter prejudicial, buscando a definição do parâmetro de avaliação. “Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro

e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 169).

Retomando a análise apartada da colisão de direitos fundamentais, aponta Archanjo (2008, p. 159) que “o regime democrático por si só pressupõe esse pluralismo de interesses, consubstanciado em um texto constitucional. Essa diversidade, oriunda de múltiplas teorias e concepções de Estado e de sociedade [...] leva, inevitavelmente, ao surgimento de conflitos, de colisões de direitos.”

A colisão de direitos fundamentais é exposta por Steinmetz (2001, p. 139) “[...] quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”, sendo que Dimoulis e Martins (2014) complementam tal noção apontando para o fato de que é dever jurisprudencial e doutrinário a fixação de limites que possibilitem a convivência harmônica dos direitos colidentes, independentemente da dificuldade para a obtenção da solução.

Azevedo e Gambiatti (2008) traçam importante paralelo na teoria da colisão dos direitos fundamentais, com fulcro no pensamento de Bobbio. Para os autores, por serem os direitos fundamentais um contraponto ao abuso de poder que se busca combater, não haveria que se falar em teoria tradicional dos direitos fundamentais colidentes.

Assim, “se há algum conflito, não é entre direitos, mas conflitos resultantes da própria relação de poder que existe na sociedade. Nada mais é que a tensão existente no conflito entre aquele que tem fome, com aquele que detém vasto capital, ou seja, uma tensão social” (AZEVEDO; GAMBIAATTI, 2012, p. 85). A relação entre Estado e indivíduo é determinante para o detalhamento da teoria de direitos fundamentais adotada, vez que o modelo prestacionista estatal, acionado em qualquer necessidade de socorro de garantias fundamentais deve(ria) ser chamado para que “[...] intervenha e forneça condições paritárias (ao menos mais próximas) aos indivíduos.” (AZEVEDO; GAMBIAATTI, 2012, p. 85).

Salomão e Marques (2014) estipulam o critério de intervenção estatal na defesa de garantias fundamentais em torno das relações sociais de poder – que no caso dos direitos fundamentais se expressam mormente no campo político

– apelando ao fato de que a instância hábil a dirimir tais conflitos de participação conflituosa ou minoritária é inegavelmente o Poder Judiciário.

Nos quadros de Reprodução Humana Assistida, o *hard case* sobre o qual o corrente estudo se debruça é num quadro de embate entre o direito à vida do indivíduo gerado pelas técnicas reprodutivas e à intimidade do doador de material gênico. Desta forma, o conflito entre os direitos fundamentais apontados – vida e intimidade (genética) – sedimentam toda a discussão que ora se propõe.

Ahmad (2009) vislumbra que a já citada ausência de regulamentação de determinadas práticas de Reprodução Humana Assistida não significa a omissão final dos poderes republicanos. Pelo contrário, vê a autora o fato da eventual colisão de direitos fundamentais que o aporte reprodutivo assistido traz à tona ser justificativa razoável para a invocação de teorias resolutivas de tais direitos colidentes. Desta feita, a ponderação e outros meios de solução de embates jusfundamentais revelam “[...] uma clara prevalência valorativa dos interesses tutelados pela Constituição Federal, de forma a harmonizá-los nas circunstâncias da situação concreta, evitando o sacrifício completo de uns em detrimento dos outros.” (AHMAD, 2009, p. 123).

É exigível, assim, a existência de um caso concreto para que a teoria constitucional se debruce. Não é possível, diante de tal contexto lacunoso de regulamentação legislativa, almejar a invocação da teoria da ponderação dos direitos fundamentais no cenário da Reprodução Humana Assistida sem a efetiva existência de um caso factível de direitos fundamentais em risco. É apenas através do risco tangível que a teoria adquire importância, consoante a cristalina opção da Constituição pelo justo equilíbrio em todas as suas vertentes e hipóteses, conforme se faz ver nos tópicos a seguir.

## 2 TEORIAS DA SOLUÇÃO DE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PONDERAÇÃO EM ALEXY

A análise da colisão de direitos fundamentais envolve, de acordo com Gorzoni (2009), a necessária distinção entre *princípios* e *regras* eventualmente

colidentes. Para a autora, incorporando o pensamento de Alexy, um conflito de regras só pode ser resolvido apelando à criação de exceção de uma delas ou por meio de declaração de invalidade, também de uma delas. Por sua vez, um conflito entre princípios é necessariamente resolvido através da cessão de um perante o outro. “Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidade de um princípio. Diante de certas circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio.” (GORZONI, 2009, p. 274).

Estando os direitos fundamentais ao lado dos mandamentos de otimização judicial que são os princípios, tal proximidade “[...] implica a máxima de proporcionalidade, com suas três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (GORZONI, 2009, p. 274). Tal noção de proporcionalidade encontra sua origem histórica no Tribunal Constitucional Federal alemão, que chegou até mesmo a expor o fato de que “[...] embora não positivada no texto constitucional, possui [*a proporcionalidade*] status constitucional.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 179).

Apelando à consistência filosófica da origem da proporcionalidade na jurisprudência, apontam Dimoulis e Martins (2014, p. 181) que “muito tempo e esforço foram despendidos com a insistência na tese de que o texto constitucional relativo aos direitos fundamentais ofereceria um sistema de valores que deveriam ser respeitados e que permitiriam hierarquizar e quantificar os direitos fundamentais”, sendo tal procedimento com base no valor abstrato ou demonstrado no caso em tela. Tal tese foi diretamente responsável pelo fortalecimento da proporcionalidade em sentido estrito, que mais tarde passou a predominar a teoria do conflito de direitos fundamentais.

Briancini (2007) explana acerca do fato de que a ponderação engloba a própria proporcionalidade, que, por sua vez, traz seus respectivos subprincípios abaixo percorridos. Para a autora, o início da proporcionalidade enquanto mecanismo de solução de conflitos jusfundamentais no plano fático surge na transição do Estado de Polícia da monarquia para o Estado de Direito, sendo que sua primeira aparição foi no Direito Administrativo enquanto critério de proporcionalidade das penas e de evolução da legalidade.



O cenário de efetiva aplicabilidade da proporcionalidade nos direitos fundamentais veio após a Segunda Guerra Mundial. O núcleo essencial dos direitos fundamentais – *Wesensgehaltsgarantie* – passou a ser protegido em virtude dos desmandos da legalidade por si só, prova cabal de que a ausência de proteção de direitos fundamentais em espécie era chancela para sua violação (BRIANCINI, 2007).

Previamente aos desdobramentos da teoria de Alexy, Mastrodi (2014) enfatiza o fato de que não coube ao jurista alemão *criar* a teoria da proporcionalidade dos direitos fundamentais, mas sim conferir critérios objetivos de apuração da aplicabilidade – ou não – de tal diretiva. O grande mérito de Alexy foi, afinal, a possibilidade de prevalência de direitos fundamentais sociais sobre os individuais, hipótese aparentemente impossível até então.

Schlink traça o princípio da proporcionalidade como traço característico da transição do Estado de direito clássico do século XIX para o contemporâneo, Estado democrático, constitucional e de prestações positivas, com a transmutação da exigência de reserva legal em “[...] exigência da reserva de lei proporcional.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 180). Ponto de transição importante foi a tomada pela questão da proporcionalidade pelo viés judicial, não meramente legislativo, deixando ela de ser vista como critério de equilíbrio normativo e passando a ser verdadeira tarefa do intérprete.

Campos (2004) aponta o ano de 1993 como o marco jurisprudencial de reconhecimento do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro. Foi em tal data que o STF finalmente reconheceu a existência e aplicabilidade de tal axioma. Sem prejuízo do exposto, o princípio da proporcionalidade em seu âmago meramente semântico-gramatical pode ser traduzido como se ordenasse “[...] que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, não-excessiva. Deve haver uma relação adequada entre eles.” (CAMPOS, 2004, p. 27).

O princípio da proporcionalidade hoje se encontra sob o jugo do Judiciário pelo fato de que “as demandas sociais e as complexidades dos problemas aumentaram demasiadamente, alcançando um grau de detalhamento e especialização que o legislador não conseguiu prever e, tampouco, acompanhar

e dar uma resposta imediata e adequada.” (RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 697). Indo ao encontro do exposto, também há de se citar, ainda na esteira de Reckziegel e Freitas (2014) o fato de que com o advento da Teoria Pura do Direito, a busca pelo legislador da tratativa de situações hipotéticas fundadas na norma jurídica superior – a *Grundnorm* – o deixou (in)conscientemente alheio às complexidades de assuntos ainda no campo da hipótese.

A Teoria da Ponderação, gênero da proporcionalidade que até então se expõe, é sintetizada por Campos (2004, p. 28) na medida em que “[...] quando se tem direitos fundamentais em conflito perante um caso concreto, é necessário que sofram eles uma ponderação em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico. É necessária a constante busca da harmonia entre direitos [...]”, de maneira que se propõe a ponderação a buscar tal fim.

No caso de colisão jusfundamental, a solução apontada por Reckziegel (2006, p. 88) “[...] consiste em, considerando as circunstâncias do caso, se estabelecer entre os princípios uma relação de procedência condicionada. Ou seja, no caso de colisão os princípios precisam ser ‘pesados’ para que um ceda ante o outro.” Para a autora, tal relação de ponderação criada por Alexy surge em virtude da já apontada impossibilidade de se remover um princípio da ordem jurídica, bem como excepcioná-lo.

Retomando os subprincípios da proporcionalidade – *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito* – vê-se que o último

[...] é a ponderação determinante do grau de realizabilidade ou satisfação dos princípios no caso concreto, com relação as possibilidades jurídicas. Enquanto a máxima da necessidade e da adequação segue o caráter dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas. (RECKZIEGEL, 2006, p. 90).

Campos (2004), nesta mesma senda, sintetiza a interconexão entre os três subprincípios aludidos apontando que o princípio da proporcionalidade – e, conseqüentemente, a *ponderação* – se concretiza “[...] através um juízo de adequação da medida adotada [...]]; através de uma reduzida interferência sobre

direitos fundamentais individuais, limitando-se ao estritamente necessário para atingir a finalidade que a justifica; e, através de uma justa medida de ponderação de interesses ao caso concreto.” (CAMPOS, 2004, p. 29).

Em síntese, é acertado mencionar que “[...] para Alexy, enquanto o conflito entre regras deve ser solucionado na *dimensão da validade*, a colisão entre princípios deve ser resolvida na *dimensão do peso*.” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 162, grifo do autor). Nas palavras do próprio Alexy (2008, p. 193), “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”

Bessa (2005) traz à baila o fato da heterogeneidade de direitos fundamentais ser facilmente percebida, diante do conteúdo de carga valorativa aberta e variável conforme o caso concreto ou axiomas constitucionalmente protegidos. Assim, no caso de aparente conflito dessas complexas estruturas jurídicas, vê-se como primeiro passo lógico a mensuração do âmbito de proteção do direito fundamental, tratando-se “[...] de parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção da garantia fundamental.” (BESSA, 2005, p. 4).

Conforme explica o mesmo autor, a delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental se deve ao fato de que a interpretação meramente literal do direito que se apresenta pode fazer confundir o intérprete, já que “[...] pode fazer crer protegida certa situação, que na verdade foge ao real âmbito de proteção deste direito.” (BESSA, 2005, p. 4). Neste desiderato, a teoria liberal implica na constante defesa dos direitos fundamentais enquanto mecanismo de proteção do indivíduo em face do Estado, sendo esta a única premissa aparentemente inalterada de todo o silogismo jusfundamental.

Seria acertado expor, assim, que vencida a questão do efetivo campo de proteção do direito, muitos dos então conflitos se dissolveriam sob o espectro de conflitos *aparentes* de direitos, uma vez que “a colisão não ocorre, mas uma simples aparência de conflito de normas veiculadoras de direitos fundamentais,

sanável pela fixação dos âmbitos de proteção de ambos, a fim de que não mais se interpenetrem.<sup>157</sup> (BESSA, 2005, p. 6).

Caso ainda haja a possibilidade de se falar de conflito entre direitos fundamentais mesmo após tal delimitação de incidência e proteção, verifica-se verdadeira colisão de direitos fundamentais. Neste caso, pode tal colisão se subdividir entre colisões em sentido *amplo* e colisões em sentido *estrito*. As colisões em sentido amplo avocam o embate de garantia fundamental com outros valores protegidos pela Constituição. As colisões em sentido estrito, em que pesem também poder serem divididos em inúmeras escalas, são comumente repartidos na ordem apontada por Bessa (2005, p. 7):

Dividem-se, inicialmente, em colisões entre direitos fundamentais idênticos e colisões entre direitos fundamentais diferentes. Dentre os primeiros, podemos pinçar: a) colisão de direitos fundamentais de defesa, quando dois indivíduos ou grupos reivindicam o mesmo direito de liberdade (reunião na mesma praça pública, por exemplo); b) colisão de direito fundamental de defesa com direito de proteção; c) colisão dos caracteres negativo e positivo de um mesmo direito (liberdade religiosa, por exemplo, que gera o direito a não ter religião); d) colisão entre o aspecto jurídico e o fático de um determinado direito (colisão comum no direito de igualdade).

Se os conflitos entre direitos fundamentais “[...] são idênticos aos conflitos entre princípios” (BESSA, 2005, p. 7), faz sentido a percepção de que a primeira chancela para a correta mensuração acerca se tratar ou não de conflito jusfundamental é justamente a aplicabilidade ou não do efetivo campo de proteção do direito, já que “devidamente superada a fase de observância dos âmbitos de proteção dos direitos envolvidos, resta a constatação de que se formou uma autêntica colisão de direitos fundamentais.” (BESSA, 2005, p. 7).

Bessa (2005) retoma a questão de que na tratativa para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, em que pese a inaplicabilidade de métodos

<sup>157</sup> Exemplo fornecido por Bessa (2005) é no sentido de divulgação de ideias racistas sob a suposta proteção do direito à liberdade de expressão. Para o autor, não se trataria de efetivo conflito entre a dignidade da pessoa humana e à liberdade citada, já que esta última não compreende a divulgação de um ideário que destoe da diretiva constitucional de valores.

hermenêuticos clássicos, é importante manter em vista o fato de que o direito eventualmente precedido por outro não deixará de fazer parte do ordenamento jurídico fundamental, mas apenas cederá espaço naquele caso concreto e em outros de igual facticidade. Em apertada síntese, “deve haver um sopesamento dos interesses envolvidos no caso controvertido, a fim de que seja fixado qual princípio deve ter prevalência sobre aquele outro que se põe em oposição aos seus preceitos. Trata-se, da aplicação de critérios de justiça prática.” (BESSA, 2005, p. 8).

Ressaltando a falta de *absolutismos* principiológicos, Cunha Júnior (2012) ressalta o fato de que o mesmo princípio – ou direito fundamental – que *cedeu* em situação anterior pode vir a ser prevalente em novo caso concreto. Assim, “tudo dependerá do *sopesamento* que deve ser feito entre os interesses ou bens jurídicos tutelados pelos princípios em colisão, para, avaliando as condições do caso concreto, aferir-se qual dos princípios em colisão tem maior peso [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 162, grifo do autor).

Circunstância final da ponderação é o fato de garantir uniformidade decisória e previsibilidade das consequências advindas nos conflitos de direitos, conferindo objetividade aos critérios ponderadores a fim de evitar a subjetividade. Os parâmetros da ponderação não são, contudo, rígidos ou imutáveis, sendo, sem verdade, flexíveis enquanto instrumentos de balizamento constitucional (BESSA, 2005).

Os princípios da unidade da Constituição – com prolação de decisão sempre atinente à sistematicidade da mesma –, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana também são consectários utilizados a fim de proferir decisão conforme a essência dos valores constitucionais. Assim, “seguindo estes parâmetros, será possível delinear-se certa uniformidade das decisões envolvendo colisões de direitos fundamentais, em benefício da unidade e coerência do sistema; da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.” (BESSA, 2005, p. 18). Balizando tal decisão sempre pela ponderação, mas devendo sempre estar consciente de sua própria integração axiológica, os direitos fundamentais adquirem carga mais sólida e objetiva.

### 3 VIDA E INTIMIDADE (GENÉTICA): UM CONFLITO PASSÍVEL DE PONDERAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA?

Os contratos de Reprodução Humana Assistida trazem à baila a própria conceituação de pactos positivados na recente ordem econômica. Se, conforme aponta Padilha (2014), o abuso econômico é prática recorrente graças aos desníveis da distribuição econômica, em alguns contratos – como nos apontados no momento – o objetivo primeiro é, sim, o equilíbrio entre interesses e obtenção de finalidades em comum.

A este respeito, pontuam Fachin e Mendes (2012, p. 20) que “o contrato deixa de ter como escopo apenas tutelar os interesses egoísticos dos contratantes, devendo contar com um perfil instrumental de promoção da Dignidade da Pessoa Humana e da prosperidade social”, sendo que a própria reprodução assistida desvela tal faceta de concatenação objetivando o máximo respeito aos direitos fundamentais e liberdade de contratação.

Insta memorar o fato de que os contratos redigidos sob a égide da novel ordem financeira apontada não são, contudo, alheios aos ditames constitucionais vigentes. Assim, “[...] nessa nova sociedade mundial que fez do contrato a sua norma jurídica mais relevante, cumpre ao intérprete e ao julgador realizar uma interpretação das normas de direito privado por meio de um diálogo com a Constituição do Brasil de 1988.” (PADILHA, 2014, p. 108-9). A resposta do contrato à sua própria função social é a própria linha de condução do seu estudo, inseridos, por óbvio, os próprios instrumentos de Reprodução Humana Assistida.

Anteriormente à análise do conflito dos direitos fundamentais que se propõe o corrente estudo a explanar, urge a observância ao princípio da igualdade nas relações contratuais entre particulares, vez que “[...] cada pessoa possui a faculdade de escolher e fazer distinções de tratamento na celebração de contratos, na esfera privada, segundo as suas convicções, estilo de vida, posições ideológicas, etc.” (PADILHA, 2014, p. 109). Nesta toada, a relação entre a equidade

contratual e o funcionamento jusfundamental do próprio contrato sedimentam o funcionamento da negociação.

Um importante limite é fixado Padilha (2014), que se apercebe do fato de que a liberdade de contratar, cingida pela própria igualdade, limita-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, sendo este o maior instrumento de barreira para a análise interpretativa contratual. Dentro da reprodução assistida, onde a escolha do doador do material genético atende exclusivamente ao bel-prazer do receptor, não se poderia falar em discriminação ou redução da dignidade humana do doador, vez que insta existir “[...] uma justificativa relevante para a diferenciação [...]” (PADILHA, 2014, p. 111), sendo tal justificativa, neste caso, a própria natureza do contrato discutido, que almeja o livre planejamento familiar sem a interferência do Estado.<sup>2</sup>

Pela própria noção de reprodução assistida disciplinada por instrumento *paritário* – ou seja, com cláusulas livremente pactuadas e discutíveis – há de se estabelecer o conflito que ora se propõe a estudar, qual seja, o embate entre vida e intimidade genética nos contratos de Reprodução Humana Assistida.

A definição de vida e intimidade, enquanto noções estanques de direito constitucional, pouco contribui para o objetivo ora proposto. A correlação de ambas, contudo, objetivando não só a concessão de *vida*, mas de *vida digna*, desvela as nuances ora almejadas. A questão paradoxal ora levantada é, portanto, a resposta ao conflito entre vida e intimidade num cenário contratual de reprodução assistida.

Sabendo-se que o indivíduo que doa seu material genético para posterior utilização por outrem é plenamente protegido em sua intimidade – ou seja, sabe que sua identidade não será revelada e nenhuma consequência patrimonial ou filial terá a prole gerada – questiona-se o caso de eventual

<sup>2</sup> Questão passível de discussão, contudo, é acerca do fato dos contratos de Reprodução Humana Assistida se constituírem em verdadeiro contrato de adesão ou instrumento paritário. Ao se asseverar que se constituem como contratos de adesão, as cláusulas padronizadas e imutáveis para o doador levantam uma válida discussão acerca do desequilíbrio econômico e jurídico do contrato, merecendo tal questão aprofundamento em trabalho específico. Para que não se desborde do objetivo do corrente estudo, adota-se a postura de tal contrato como tratativa paritária, vez que o *hard case* que ora se discute envolve apenas o conflito entre direitos fundamentais, não de mecanismos hermenêuticos de interpretação contratual.

necessidade de revelação da identidade do doador a fim de possibilitar a doação de material biológico necessário ante o iminente risco de morte do indivíduo criado através de tais técnicas de reprodução assistida.

Apesar da ressalva de Padilha (2014, p. 115) que “[...] a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado não deve ocorrer de modo indiscriminado, pois isto poderia trazer sérios riscos à autonomia privada, princípio este fundamental ao direito contratual”, nenhuma construção teórica é apta a afastar tal incidência jusfundamental no campo ora exposto, vez que se trata de bem fundamental de ordem eminentemente pública e transcendente: a vida humana.

Conforme exposto linhas acima, a ausência de regulamentação legislativa da Reprodução Humana Assistida no Brasil dá azo a uma série de desdobramentos judiciais e contratuais e tal prática, com os respectivos questionamentos já apontados no momento específico. Contudo, o caso sob o qual ora se desdobra a corrente análise revela faceta verdadeiramente inédita no debate contratual erigido.

A resposta pode parecer óbvia e lógica – com a vida imediatamente posta em primeiro lugar em detrimento da intimidade genética –, mas as consequências de tal decisão afastam de plano a obviedade da pretensa resposta, visto que “[...] resta claro que a exclusão de cláusulas contratuais, sob a invocação dos direitos fundamentais, sem quaisquer parâmetros ou limites técnicos, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.” (PADILHA, 2014, p. 116).

Grau (2001) expõe a causa mor da aludida (in)segurança jurídica: o liame objetivo ou subjetivo da relação contratual faz surgir uma justa situação de segurança e certeza entre as partes. O autor aponta, ainda, o fato de que os contratantes, ao crerem no fato de que a vinculação final lhes será de considerável valia, fazem por crer, também, no cumprimento estrito do contrato, bem como em meios jurídicos para a execução da avença.

A inesperada necessidade de revelação da identidade do doador demonstra insuperável insegurança jurídica contratual que poderia afastar futuros doadores, além de interferir na insegurança jurídica reflexa em outros contratos congêneres, vez que a tutela jurisdicional seria inegavelmente propensa



a assistir o receptor. Há de se asseverar, contudo, que não se pretende, na esteira de Padilha (2014, p. 117), “[...] impor uma interpretação meramente econômica ou pecuniária da relação contratual, mas tão somente advertir que não se pode desconsiderar a tutela do crédito nos contratos”, ainda que tal crédito seja de ordem eminentemente psicológica – a sondável certeza da condução contratual.

Há de se lembrar, contudo, que em virtude da relação estabelecida pelo princípio da legalidade,<sup>3</sup> o doador de material genético, ainda que venha a ter sua identidade revelada a fim de possibilitar sua localização para cessão de materiais biológicos para o receptor – como medula óssea, tecido de órgãos, sangue, etc. – não será obrigado necessariamente a fornecê-los, sendo tal revelação de cunho de probabilidade para o receptor que se vê carente de tal item para a prole gestada.

Noutra banda, o direito à vida, revela a suprema proteção do Estado em dúplici face: a não intervenção do ente supraindividual na livre condução vivencial e o acautelamento do acesso a todos os mecanismos possíveis – processuais ou não – à livre defesa e manutenção da vida, visto que enquanto direito fundamental de primeira grandeza, a vida, acompanhada da liberdade, igualdade e dignidade, desvela verdadeiro objetivo do convívio em sociedade e sob o jugo do Estado.

Neste mesmo sentido, é cabível a compreensão de que

[...] tratando-se de direito fundamental à saúde e à vida, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deve ser imediata, sob pena de tornar-se inócuo o fim maior do contrato celebrado [...]. Nesse sentido, o julgador não deve se ater unicamente à declaração do direito [...] (PADILHA, 2014, p. 126).

É perceptível, desta feita, de que o equacionamento da colisão entre os direitos fundamentais de vida e intimidade genética leva em consideração:

<sup>3</sup> Tal princípio se encontra insculpido no art. 5º, II da Constituição Federal, que versa: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

- a) o afastamento da prevalência da vida enquanto resposta lógica com base na teoria da ponderação de Alexy;
- b) a delimitação da segurança jurídica enquanto instituto de reforço aos termos contratuais – ou seja, a certeza do doador na linearidade contratual com proteção de seu anonimato;
- c) a concatenação dos próprios objetivos dos direitos fundamentais – a construção da vida com liberdade, igualdade e dignidade, em suma – como tentativa de dissolução do conflito jusfundamental.

A suposta invocação de que um instrumento normativo sob o crivo do Congresso Nacional fosse ser apto a dar as respostas almejadas, em que pese carregar certa razão, não é de todo acertada. Mesmo se ulterior lei viesse a ditar a possibilidade de quebra do sigilo do doador sob o válido pretexto da efetividade do direito ao conhecimento da ascendência genética, questionável seria eventual vinculação legal do doador ao fornecimento de material fisiológico a fim de proteger a vida do indivíduo gerado a partir de sua doação, isto porque “[...] repudiam-se os modelos e as teorias fechadas, pois somente a análise do caso concreto é que poderá auxiliar na busca de uma melhor solução, em um trabalho de interpretação em que deverão concorrer vários outros elementos.” (PADILHA, 2014, p. 134).

A nova tendência de interpretação contratual do Judiciário brasileiro é apontada por Padilha (2014) como voltada à persecução da dignidade humana, da boa-fé objetiva, dos valores não-patrimoniais e da função social do contrato, trazendo à baila o fato de que o próprio deslocamentos dos conflitos de direitos fundamentais somente exsurge numa abertura normativa que seja subjetiva o bastante para não ser enclausurada em mera relação obrigacional sedimentada num contrato.

<sup>4</sup> Neste mesmo sentido, frisa-se uma eventual crise de constitucionalidade de eventual dispositivo que disponha no sentido apontado – de obrigatoriedade de fornecimento de material biológico posterior – com vistas no desvirtuamento da natureza contratual da Reprodução Humana Assistida e do próprio princípio da legalidade, com imediata ascensão da proteção à integridade física do doador. Percebe-se, em síntese, que um compartimento legislativo estanque não é resposta hábil ao conflito jusfundamental que ora se expõe.

A ponderação, enquanto técnica jurisprudencial e doutrinariamente adotada para a solução dos conflitos que ora se expõe, traz consigo ampla discricionariedade judicial – que não pode, sob pena de violação insuperável do próprio sistema constitucional-normativo, ser pautada em concepções *peçoais* do julgador – sendo que tal discricionariedade implica em processo argumentativo, por meio do qual “[...] o julgador deve demonstrar de maneira racional, apresentando elementos de ordem jurídica [...] que a sua decisão é adequada à vontade constitucional. Eis o que se espera em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.” (PADILHA, 2014, p. 120).

A técnica ponderativa, como já exposta no item anterior e na redação de Barroso e Barcellos (2015), limita-se em três momentos:

- a) a detecção das normas existentes no sistema e que reclamam aplicação no caso;
- b) o exame dos fatos e circunstâncias concretas;
- c) a elaboração de decisão com concatenação da substancialidade das normas e repercussão dos fatos.

A questão da detecção das normas é de ordem eminentemente *jusfundamental* – vida e intimidade (genética) – com o próprio conteúdo discorrido em linhas acima. A substancialidade de tais valores remonta o próprio liame jurídico que embasa o conflito ora apontado, com vida e intimidade genética possuindo ampla aplicabilidade e fundamentos axiológicos. O exame dos fatos, por sua vez, reclama o embate – na qualidade de *hard case* – da prevalência de um ou outro direito fundamental no caso de indivíduo gerado por técnicas de Reprodução Humana Assistida carecer de material biológico do doador de sêmen/óvulos, infringindo o anonimato contratual a fim de preservar a própria existência. Por fim, a elaboração de tal decisão com base na ponderação de direitos é a fundação do corrente estudo.

Em que pese a segurança jurídica ser elemento primordial para o funcionamento do próprio Estado democrático, urge observar que o livre acesso do indivíduo a todos os meios possíveis para a defesa da própria vida também é

prerrogativa estatal com fulcro jusnaturalista e atualmente positivada no rol de garantias fundamentais. A situação de aparente – e verdadeira – complexidade encontra desdobramentos não só na própria vida que se quer defender, mas nos nuances de dignidade, legalidade e autonomia privada. Se de um lado se tem a necessidade de defender a segurança jurídica contratual sob o risco de se mitigar o próprio funcionamento do Estado, noutra banda se vê o mais singelo e imutável objetivo estatal: a defesa da vida humana.

Ao se deter nos instrumentos de direito comparado levados a cabo, vê-se a imensa opção legislativa alienígena pela divulgação do doador de material genético a fim de assegurar o conhecimento do indivíduo de quem lhe ajudou a criar – ainda que apenas biologicamente. Mitigar tal hipótese parece ser improvável, quicá impossível, ante a flagrante opção pelos direitos fundamentais do terceiro alheio à relação contratual; o filho. Vencer a questão acerca da divulgação ou não do nome, ainda que seja tema de inegável aporte no estudo que ora se conduz, pouco contribui quanto à crise de legalidade na obrigatoriedade de fornecimento de material biológico pelo doador.

Imbuir mecanismo coercitivo por vias jurisdicionais a fim de determinar a extração de medula óssea, sangue ou qualquer outro tecido ou fluído corporal do doador viola não só o princípio da legalidade e a dignidade da pessoa humana, mas também desvirtua a natureza contratual dos instrumentos de reprodução assistida, vez que não se trata tal avença de constituição de vínculo *familiar* entre mero doador de material genético e o indivíduo produto direto das técnicas conceptivas artificiais. Há de se expor que o livre planejamento familiar, cuida-se, de fato, de direito/obrigação pertencente única e exclusivamente aos *receptores* de tal material, sendo ilógica a tentativa de envolver o doador em tal liame subjetivo.

Se, na hipótese, tem-se a proteção à vida em todas as suas formas como objetivo inafastável da ordem republicana constitucional, vê-se que é possível a divulgação da identidade do doador de material genético a fim de conceder *tentativa* de fornecimento de ulterior material biológico, mas impossível é, sob a égide da Constituição garantista em que se vive, a coerção judicial do receptor para que forneça, por exemplo, medula óssea a indivíduo submetido a tratamento oncológico e que seja fruto de seu sêmen ou óvulo, ou pedaço de tecido ou órgão

para este mesmo sujeito. A ponderação, desta forma, embora sirva para diminuir a aplicabilidade de um ou outro direito, não se presta a extirpar o mesmo do ordenamento jurídico, ou negar-lhe vigência geral, mas apenas a forçar inevitável relação de coexistência em casos que clamam pela aplicabilidade una.

Ao final, percebe-se que ao evitar a formação de vínculo familiar entre doador e o indivíduo gerado por seu material genético, as técnicas de Reprodução Humana Assistidas, ainda que fragilmente disciplinadas por resolução do Conselho Federal de Medicina desvelam sua face eminentemente contratual a fim de garantir a existência digna e feliz de família ou sujeito incapaz de gerar um filho sozinho, seja por razões meramente fisiológicas ou afetivas. Ao garantir o livre planejamento familiar, o texto constitucional e a natureza contratual da reprodução assistida vinculam o terceiro doador em mera relação de consumo – um objeto respeitado em sua dignidade, mas que ainda assim serve aos interesses eudemonistas de outrem.

O ulterior surgimento de moléstia que force a aproximação entre produto das técnicas reprodutivas e um de seus realizadores não tem o condão de afastar tal natureza contratual e constitucionalmente construída, ainda que possa mitigá-la na eventual revelação da identidade do doador, como também poderia sob o simples crivo do direito ao conhecimento da ascendência familiar – neste caso, meramente genética – sendo que a prevalência da integridade física do doador não revela faceta constitucional fria ou inconsciente de seus dependentes, mas verdadeira barreira jusfundamental e criticamente construída, objetivo elementar da própria ordem jurídica existente.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de Reprodução Humana Assistida exsurge como paradoxo pós-moderno de contornos técnico-científicos. A possibilidade de controle sobre os próprios mecanismos de reprodução acalenta mais do que sonho da humanidade, mas também traz consigo uma série de vetores bioéticos dos quais o direito não pode se eximir de posicionamentos. É dentro de tal quadro de complexidade

social que os direitos fundamentais – e sua necessidade de equilíbrio – emergem como respostas lógicas.

A teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais, que, como dito acima, adquire enorme relevo após o contexto da Segunda Guerra Mundial, demonstra a eminente necessidade de concatenação de objetivos comuns de relações privadas dentro do complexo cenário do direito público. O respeito – que aqui quase beira a observância obrigatória conferida pelo critério da aplicabilidade (i)mediata dos direitos fundamentais – às garantias constitucionais elementares traz à tona uma série de questionamentos sobre a validade e a ponderação de tais relações jurídicas.

O respeito ao anonimato, tanto do doador de material genético quanto de seu receptor, enquanto base para o funcionamento de tal relação essencialmente contratual, agora adquire contornos de paradoxo jusfundamental. A eventual necessidade de revelação da identidade de um ou de ambos os polos de tal relação jurídico-contratual para que outro direito fundamental seja respeitado traz à tona a cartela de princípios constitucionais sistemáticos que orientam tais situações conflituosas e paradoxais. A ponderação, aqui, mais uma vez deve ser detida e em consonância com a complexidade do caso concreto apresentado.

Não há, por fim, prevalência deste ou daquele direito fundamental dentro da ordem jurídica, mas, sim, a constante lembrança da impossibilidade de absolutismos em matéria de liberdades intersubjetivas, pois o próprio quadro da Reprodução Humana Assistida emerge dentro da relativização de várias destas mesmas liberdades. O que urge, então, é a rememoração de que a ordem constitucional não prega valores imutáveis e intangíveis, mas a concatenação e o justo equilíbrio, aqui sempre analisados dentro do fulcro da ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ARCHANJO, D. R. O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2008.
- AZEVEDO, E. P. de; GAMBIAATI, D. A. Estudos sobre concorrência e colisões de direitos fundamentais. *Unoesc & Ciência – ACSA*, Joaçaba: Editora Unoesc, v. 3, n. 1, p. 79-88, jan./jun. 2012.
- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/reuproc2003/arti\\_hist\\_dirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/reuproc2003/arti_hist_dirbras.pdf). Acesso em: 30 jun. 2015.
- BESSA, L. S. Colisões de Direitos Fundamentais: propostas de solução. In: CONPEDI, 14., 2005, Cuiabá. *Anais [...]*. Cuiabá, 2005. p. 1-19.
- BRIANCINI, V. *Colisão de Direitos Fundamentais e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade nas Relações de Trabalho*. 2007. 96 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2007.
- CAMPOS, H. N. Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FACHIN, Z.; MENDES, L. F. Abertura sistêmica do direito civil contratual como promoção da democracia. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 9-24, jul. 2012.
- GORZONI, P. Entre o princípio e a regra. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 85, p. 273-279, 2009.
- GRAU, E. R. Um novo paradigma dos contratos? *Revista FGV Direito Rio*, Rio de Janeiro, 2001.
- MASTRODI, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade de decisões judiciais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 577-595, jul./dez. 2014.

PADILHA, E. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

RECKZIEGEL, J. *A responsabilidade civil do Estado frente às limitações ao direito de propriedade nas áreas de preservação permanente às margens dos rios urbanos*. 2006. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006.


RECKZIEGEL, J.; FREITAS, R. S. de. Limites e abusos de interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso ADPF 54 (aborto de anencéfalos): análise crítica a partir de Habermas e Streck. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 693-720, set./dez. 2014.

SALOMÃO, K. R.; MARQUES, D. M. Dificuldades Contramajoritárias: Critérios Legitimadores da Jurisdição Constitucional. *E-Civitas*, Belo Horizonte, v. VII, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1322/758>. Acesso em: 2 jun. 2015.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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





---

**CAPÍTULO IV**  
**A DETERMINAÇÃO DA**  
**FILIAÇÃO DECORRENTE DO**  
**EMPREGO DAS TÉCNICAS**  
**DE REPRODUÇÃO HUMANA**  
**ASSISTIDA E A DIGNIDADE**  
**HUMANA**



A busca pela determinação de critérios definidores da paternidade oriunda de técnicas de reprodução humana revela-se como tema de altíssimo relevo pela base teórica e empírica envolta em tal problemática. A estipulação de tal paradoxo ético e jurídico permeia o campo da aplicabilidade rotineira pelo simples fato de que diferentes vetores humanos e sociais entram em conflito direto diante da estipulação do valor da vida humana e seus intrínsecos axiomas.

A relevância jurídica do problema levantado emerge – tanto direta quanto reflexamente – das disposições normativas quanto ao estado de filiação e à diferente composição do núcleo familiar, sendo que a tal instituto é imperiosa a relação de simbiose com as mais variadas formas de atualização temporal. A questão, assim, não se cinge à mera análise silogística ou analógica dos dispositivos de lei, mormente condensados no Código Civil, mas também à efetiva busca de critérios jurisdicionais para a dissolução de conflitos parentais.

Definir a paternidade é mais do que mera complementação documental; é questão que envolve a imersão direta no axioma da Dignidade Humana. Buscar bases objetivas para a definição de tal relação de parentesco emerge necessariamente na relação de subjetivismo decorrente entre a vontade dos indivíduos envoltos na relação afetivo-filial, que, em suma, não deixa também de ser interligação de sujeitos numa relação de Direito. Estipular a titularidade da responsabilidade afetiva, educacional e patrimonial, neste caso, se reveste, exemplificativamente, de elemento volitivo diametralmente oposto ao caso de pais que buscam a negativa de sua paternidade; aqui, o que se busca é o supremo direito ao reconhecimento do afeto – e não apenas de herança genética – como maior traço caracterizador da relação entre pais e filhos.

Assim, o que se questiona são os casos, majoritariamente, de pais – sendo aqui subsumidos os indivíduos de ambos os sexos – que dependem de material genético alheio, ou também de um próprio ventre para a gestação do indivíduo que, mesmo geneticamente separado, busca ser reconhecido afetivamente como filho. As diferentes nuances intersubjetivas revelam uma situação de especial complexidade pelo fato de significar potencial ingerência na esfera mais individual de cada pessoa: a autodeterminação.

O Direito, desta forma, é a indumentária viabilizadora da discussão afetiva e terminológica cabalmente circunscrita à complexa relação jurídica apresentada. Utilizar-se da instrumentalidade jurídica é ampliar o leque de possibilidades fáticas e sedimentar o entendimento de que a compreensão das relações parentais já escapa dos limites meramente (bio)lógicos. Assim, utilizar a Constituição Federal como norte axiológico e o Código Civil como norma aplicável em seu viés familiar irrompem como alternativas óbvias, sem jamais perder de vista eventuais inércias legislativas que são provisoriamente sanadas por resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A utilização do método de pesquisa bibliográfico é o que fomenta a amplitude temática almejada, tão logo o paradoxo sob análise reveste-se de investigação puramente teórica. A divisão do corrente estudo, tomando por base o exposto, dividiu-se almejando o abarcamento do maior número possível de temas aplicáveis, sendo que, *prima facie*, faz-se uma análise histórica do surgimento da reprodução assistida e suas implicações éticas e jurídicas, dando azo também à discussão quanto à formulação dos primeiros critérios de Bioética e Biodireito. Já o segundo capítulo busca dar cabo das concepções familiares emergentes no atual cenário de complexidades sociais, e, conseqüentemente, jurídicas, sendo que o terceiro e último capítulo vincula os critérios aplicáveis para o estabelecimento da relação filial e sua necessária conexão com os elementos parentais envolvidos, sendo que tal discussão já lança as bases da Dignidade Humana que a permeia, sendo a mesma destrinchada desde então.

Por fim, a corrente análise bibliográfica do tema almeja mais do que a simples estipulação objetiva de critérios fomentadores de uma eventual situação de paternidade; o que se busca, em última instância, é a dissolução de construções normativas imperiosas que não deem base à completa e devida situação afetiva, razão pela qual o estudo ora apresentado erige-se como mecanismo científico em busca do aporte das mais dignas condições familiares.

# 1 UM BREVE HISTÓRICO SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com a evolução social, o direito tenta evoluir e acompanhar as mudanças da sociedade e com isso, novas ferramentas jurídicas são necessárias, para acobertar e para adequar o ordenamento jurídico a tais situações. Neste sentido observa-se, por exemplo, a transformação genética, a revolução biotecnológica que passam a exigir do direito, algo que regulamente sua utilização, surgindo diante destas mudanças à bioética e o biodireito.

A bioética surge como ramo autônomo do direito e manifesta-se em um conjunto de valores éticos aliados aos fatos biológicos. Tais valores proporcionam discussões que com o passar do tempo são normatizados, seja através de normas fundamentais previstas em nossa Carta Magna, ou através de princípios que serão norteadores para futuras normas infraconstitucionais, que podem ser editadas para suprir as lacunas legislativas.

Dadas às várias utilizações a esta nomenclatura, a Bioética surge para finalmente propor valores, tendo em vista as pesquisas com seres vivos, inclusive a manipulação genética que poderia acarretar graves problemas. Para que num futuro próximo não se discuta os caminhos trilhados por tal termo, de forma a não garantir a dignidade da pessoa humana, ou chegar ao ponto de um “mundo irresponsável” pelos seus feitos. Por isso a Bioética define os preceitos básicos para o exercício da ética e da moral com escopo na dignidade da pessoa humana (WARREN, 1978).

Com toda evolução técnica e científica, urge a necessidade de regulamentação de tal avanço, eclodindo assim o Biodireito. Não há que se mencionar apenas o Biodireito, pois ele está intimamente ligado à Bioética, pois aquele decorre deste. Tendo em vista isto, Meirelles (2011) comenta que o Biodireito, dedica-se a teoria, as normas e da jurisprudência, inerente às condutas reguladoras das ações humanas diante da mutação científica e da medicina. Para isso, o Biodireito deverá ser justo, de acordo com os pensamentos Kantianos,

conforme mencionado por Meirelles (2011), com a finalidade de uniformizar as legislações na busca de um ideal de justiça.

Neste sentido à bioética vai estabelecer os limites éticos para que se possa construir um Biodireito capaz de disciplinar, mas não de restringir os avanços científicos e tecnológicos, afim de que as condutas ora praticadas, estejam pautadas na conservação da vida, seja ela presente ou futura. Ademais no que tange as matérias biomédicas, como por exemplo, as formas de reprodução humana assistida, a Bioética traz os valores éticos e morais que se devem pautar os entes integrantes deste procedimento: médico, paciente e clínica de Reprodução Humana Assistida e o Biodireito abordará as consequências que este traz para quando um princípio seja violado ou venha a violar garantias de terceiros.

Neste viés aborda-se a Reprodução Humana Assistida, pois é baseada na simultaneidade de ações que unificam, de modo artificial, o gameta feminino com o gameta masculino para então originar um novo ser humano.

O primeiro caso relatado referente à utilização desta técnica ocorreu em 1332, quando, com o auxílio humano, uma égua foi fecundada pelo método de inseminação artificial (BARBOZA, 1993). Já quanto à experiência em seres humanos, conforme afirma Scarparo (1991), a prática de inseminação artificial ocorreu por volta de 1494, quando tal técnica foi experimentada na rainha D. Joana de Portugal, sendo que tal tentativa resultou infrutífera. Ainda, de acordo com a mesma autora, por volta de 1785, o sucesso foi alcançado através das técnicas de reprodução artificial em um ser humano, quando Thouret – Decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar sua própria esposa estéril.

Segundo Leite, até o século XX, a reprodução humana assistida pouco tinha evoluído, pois em meados da década de 30, a literatura médica internacional, tinha ciência de apenas 88 casos. O uso das técnicas reprodutivas só ganhou mais adeptos quando em 1932, foi presumível determinar o período fecundo da mulher e em 1945, quando foi descoberto que os espermatozoides submetidos a baixas temperaturas, juntamente com glicerol, seria possível conservá-lo por um grande íterim. A partir disso, as técnicas de reprodução humana assistida lograram êxito e, da década de 50 em diante se expandiu. No Brasil, registros datam de

07 de outubro de 1984, quando se registrou o nascimento do primeiro bebê de proveta no País (FERNANDES, 1995).

Este procedimento é um progresso biotecnológico originário na medicina, que traz meios para que pessoas que desejam constituir uma família (entenda-se aqui família enquanto cônjuges e filho e/ou indivíduo e filho), sendo que esta técnica possibilita a realização do sonho do casal ou do indivíduo, através da inseminação ou da fertilização *in vitro*. Tal procedimento é recomendado para casais heterossexuais que não conseguem ter filhos por métodos naturais, dado à infertilidade ou a problemas graves de saúde, e até mesmo, casais homoafetivos, os quais necessitam de apoio da medicina para serem pais ou mães (quando não optam pela adoção) realizando, portanto, uma das aspirações mais frequentes do ser humano, o desejo por gerar descendentes.

A Reprodução Humana Assistida apresenta várias formas de intervenção médica, que dependendo do caso concreto é posto em prática um determinado método. Há também uma classificação abrangente que determina a técnica, a indicação médica e ainda a origem dos gametas que serão utilizados.

O início da vida por vias naturais ocorre com a fecundação e a junção dos núcleos das células reprodutoras masculinas (espermatozoide) e feminina (óvulo), os quais também são denominados gametas ou gametos que se transmitem em uma única célula: o zigoto ou ovo (MEIRELLES, 1998).

Entretanto algumas pessoas possuem problemas relativos à reprodução e, então, veem a necessidade de recorrer a técnicas de Reprodução Humana Assistida, que podem ser divididas em inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga. Aquela se refere à introdução dos espermatozoides do marido/companheiro (que foram anteriormente recolhidos por meio de masturbação/pulsão escrotal) no útero da mulher. O material genético do marido é injetado, pelo médico, quando o óvulo se encontra apto a ser fertilizado. Já a heteróloga, acontece com a introdução de sêmen de doador fértil, doador, porque neste caso não será utilizado material do marido/companheiro, para este tipo de intervenção é necessário o consentimento livre e esclarecido do casal (FERNANDES, 2005).

A inseminação artificial heteróloga, além de abranger problemas de esterilidade masculina e doenças hereditárias, também é um dos meios que os pares homoafetivos masculinos vêm utilizando para alcançarem a paternidade, usando-se da mãe de substituição (também conhecida como barriga de aluguel), além de ser um meio para as mulheres que desejam a “produção independente” ou ainda casais femininos homoafetivos que assim recorrem a um banco de sêmen para serem fecundadas. Contudo, algumas dessas mulheres que recorrem a este método se deparam com um problema irreversível de esterilidade e necessitam de outro método, que é conhecido como fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro*, baseia-se no seguinte procedimento: primeiramente, há a coleta dos óvulos, em seguida eles serão analisados e selecionados, sendo observada a sua maturidade a partir de então, havendo sua introdução em uma placa de cultura, com soro humano (estágio que dura em média seis horas). Na sequência, os óvulos são alocados em estufa, a 37° Celsius, para então serem submetidos à inseminação com os espermatozoides previamente selecionados do marido/companheiro ou doador. A inseminação inicia com a adição de 60.000 a 150.000 espermatozoides móveis e normais. Após dezoito horas, pode-se saber se obtiveram êxito em tal procedimento, analisando se a inseminação já passou à fertilização, quando então os embriões em estágio de duas a quatro células serão levados à cavidade uterina, mediante a introdução de um cateter, não sendo necessária aplicação de anestesia, (dada à simplicidade do procedimento). Após algumas horas de repouso, a paciente receberá alta (MEIRELLES, 1998).

Importante ressaltar que a inseminação, assim como a fertilização *in vitro*, pode ser heteróloga ou homóloga, sendo que a determinação será de acordo com o material biológico utilizado, que esta diretamente vinculado ao paciente (interessado), que optará por um dos meios supramencionados ou por recomendação médica, tendo por base problemas de saúde ou por necessidades fisiológicas.

Pode-se citar também o método conhecido como *Gamete Intrafallopian Transfer (GIFT)*, pois permite que a fecundação venha a ocorrer no corpo humano, é um método semelhante ao da fecundação *in vitro*, o que difere é que os óvulos



são incorporados com o esperma por meio de um cateter e em seguida, transferidos para uma ou para ambas as trompas, onde possivelmente ocorrerá a fecundação. O pré-requisito, para este método é a permeabilidade tubária, ao menos unilateral.

Outra possibilidade de reprodução humana assistida é a cessão temporária de útero ou maternidade de substituição, que se apresenta para suprir as necessidades humanas, sejam elas de casais heteroafetivos ou homoafetivos ou ainda para aqueles que pretendem a produção independente, dando-lhes a possibilidade de terem seus próprios filhos. Percebe-se que a maternidade de substituição nada mais é do que o “empréstimo” do útero, ou seja, uma mulher cede o seu útero para gestar e dar à luz a um bebê para posteriormente entregá-lo. Essa técnica de R.H.A. consiste em “[...] apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o útero materno não possibilita o desenvolvimento adequado do bebê.” (LEITE, 1995, p. 36).

A maternidade de substituição está prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/2013, em seu anexo único, trazendo em seu bojo os princípios gerais, aos quais os pacientes das técnicas de Reprodução Humana, as clínicas, centros ou serviços que aplicam a técnica, a doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnósticos e tratamento de embriões, a gestação de substituição (doação temporária do útero) e, por fim, a reprodução humana assistida *post mortem*.

A referida resolução indica que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família biológica da doadora ou doador do material genético, num parentesco de até quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. O Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp) permitiu a cinco casais gays o direito de receberem a doação do útero de amigas, saindo do rol taxativo da resolução que afirma que somente familiares poderiam ceder o útero. Entretanto, depois de tantas pessoas terem envolvimento com o bebê gerado, pode surgir uma incógnita, quem efetivamente assumirá a postura de ficar/cuidar do bebê, todavia, Diniz pondera: “o que poderia ter mais valor? O conteúdo genético ou os laços de afeto existentes entre a gestante e o feto”. Ainda sinaliza, será que aquela que suportou todo o ônus, seja ele físico ou psicológico da gestação, não teria mais chances? Ou o legislador deverá optar

por aqueles que de fato idealizaram o nascimento? Respostas categoricamente respondidas por Diniz (2002, p. 496): “O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procriacional.”

De tal entendimento, surge a (in)segurança jurídica, pois a maternidade de substituição no Brasil, não é regulamentada, ou seja, apenas o Conselho Federal de Medicina é que deixa claro que somente familiares poderão ceder o ventre, até mesmo por razões afetivas, para que o bebê possa permanecer tendo contato com quem o gerou. No entanto, quando ocorrer uma situação em que uma amiga do casal, como por exemplo dos casais gays do Estado de São Paulo, que a mesma cedeu o seu ventre, mas acabou desenvolvendo um envolvimento emocional com aquele que está sendo gerado, há margem para a ocorrência de um desconforto jurídico, podendo ocasionar uma grande disputa pela guarda do nascituro em questão. Contudo, cabe ressaltar que o filho deverá ser daquele que detém a vontade procriacional.

Outro ponto a ser destacado é que a resolução do Conselho Federal de Medicina deixa explícita a proibição de remuneração em tais casos (BRASIL, 2013b, p. 2). Mas deve-se considerar que a mãe portadora terá gastos com a gravidez como pode-se citar: roupas, alimentação, transporte para consultas médicas e exames, bem como com o tratamento psicológico para auxiliar na relação afetiva com o feto.

Neste viés é permitido que seja firmado um acordo financeiro, o qual deverá apenas subsidiar os gastos médicos, roupas de maternidade e outras despesas decorrentes de uma gestação, que podem incluir ainda alimentação (COTTO, 1987). Importante ressaltar que a cláusula de ajuste financeiro traz à tona a discussão sobre a possibilidade de deste ajuste ser considerado como uma remuneração, o que configuraria crime no Brasil, pois a comercialização de órgãos humanos é tipificada no direito penal brasileiro por meio do dispositivo inserto no artigo 15 da Lei 9.434, *in verbis*: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”. Por isso, não se observa atualmente a gestação por outrem como contrato de prestação de serviços, mas sim, como uma troca em favor do outro, motivada pela solidariedade e pela amizade (no caso de uma amiga ceder

seu ventre a um casal homoafetivo masculino, por exemplo). Quando levada ao judiciário, uma situação como a exposta, pretende-se que o juiz, ao decidir, pautar-se no homem médio e nas decisões mais recentes, tendo em vista as novas formações familiares e as diversas formas de instrumentação genética.

## 2 AS NOVAS CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA

A família brasileira é multicultural, dado que traz características de diversas etnias e com elas carrega diferentes valores e diferentes costumes. A partir de tanta diversidade cultural, percebe-se que existem muitas formas de família, não havendo um padrão para determinar o que é uma família, pois esta instituição está em constante mudança.

Nestas mudanças de estruturas familiares num mundo globalizado, pode-se afirmar que uma das discussões mais polêmicas diz respeito aos direitos dos homoafetivos, pois quase sempre são tratados com distinção em relação aos heterossexuais. Contudo, vale ressaltar que segundo a Constituição Federal todos são iguais em direitos e deveres. Todavia, a indiferença com relação aos direitos dos homoafetivos demonstra a insensibilidade dos legisladores.

Cita-se alguns exemplos de propostas que estão paradas em algumas gavetas do Congresso Nacional, como a Emenda à Constituição, que visa afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas. A PEC n. 66/2003, que visa dar uma nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, para incluir entre os objetivos fundamentais do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual, e também visa incluir entre os direitos sociais a proibição da diferença por orientação sexual, bem como a PEC de n. 70/2003, objetiva alterar o §3º do artigo 226<sup>1</sup> da Constituição Federal, para afastar a expressão *entre um homem e uma mulher* do dispositivo que prevê a união estável (DIAS, 2009).

<sup>1</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 2003).

Resta aos pares homoafetivos recorrerem ao Judiciário para terem seus direitos garantidos, tendo em vista a inércia dos legisladores, que há mais de 10 anos possuem um projeto de Emenda Constitucional, mas, o mesmo não passa das gavetas do Congresso. Não se pode deixar levar pela estagnação dos legisladores brasileiros, pois a Justiça Brasileira, apesar de não ter leis regulamentando determinados casos, vem julgando de forma benéfica os membros das comunidades homoafetivas, permitindo igualdade a todos que a ela recorrem, sejam heteroafetivos ou homoafetivos. Uma parcela considerável de pessoas veem a homoafetividade como algo da moda, ou como uma tendência passageira, sem esquecer, dos que ainda acreditam que seja uma doença. A homoafetividade é, todavia, tão antiga quanto às origens da humanidade, porém a sociedade (tomada por uma cultura machista e heteronormativa) inverte os valores, incita ao ódio, manipula para dizer que este comportamento é errado, tolerando a homoafetividade em alguns momentos apenas. A sociedade tende a estar alienada, ao desenvolvimento da humanidade ou ao amor entre iguais (DIAS, 2009).

As proporções deste problema são continentais, pois enquanto países são a favor do casamento entre iguais (Dinamarca, Canadá, Islândia, México, Argentina, Portugal, Espanha, Bélgica, Holanda, Suécia e Noruega) outros editam sanções proibitivas de qualquer forma de manifestação sobre a homossexualidade, alguns países impõem até pena de morte aos que assumem sua sexualidade (Mauritânia, Nigéria, Sudão, Arábia Saudita, Iêmen, Somália e Irã). Com a atenção dada pelo Supremo Tribunal Federal à causa GLBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Transgêneros) quando em 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177, requerida pela Procuradora – Geral da República e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental a ADPF n. 132-RJ, requerida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a Suprema Corte decidiu conceder a equiparação da união estável com o casamento civil, e com tal decisão facilitou a conversão da união estável em casamento, as ações contra homofóbicos aumentaram no Brasil, fazendo com que a mídia criasse campanhas de não à homofobia e de não à discriminação, trazendo alento a uma comunidade por muito tempo discriminada.

Além da família tida como tradicional e a família homoafetiva, Tepedino (1999) menciona outra formação familiar, as famílias anaparentais, que são aquelas em que a convivência se dá entre parentes.

Pode-se apontar a família recomposta, que é aquela formada pela união com outra pessoa, da qual esta já possui filho de união anterior. As relações que se estabelecem nesta formação familiar são pautadas na socioafetividade.

Há que se indicar as formações familiares onde está presente apenas o pai ou a mãe, ou até mesmo, pessoa que more sozinha à qual também será considerada como uma família. E não tão frequente, mas uma nova tendência, que é a família poliafetiva ou como também é conhecida família paralela, apesar do ordenamento pátrio não permitir a poligamia, em 2012 foi noticiado que em Tupã, interior de São Paulo, foi registrado que um homem vive em união estável com duas mulheres (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2012).

Com isso é possível notar que o Direito de Família, está em constante mudança, dado as diversas faces possíveis de serem encontradas nesta seara. Onde o que une não apenas os laços biológicos, mas também o afeto, o qual atualmente tem trazido mais dignidade para os lares.

### **3 FILIAÇÃO DECORRENTE DO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A DIGNIDADE HUMANA**

A partir do pensamento de que quando uma criança nascida através da maternidade em substituição, de fato vier ao mundo, o direito de permanecer com a criança se deve a quem possui animus procriacional, ou seja, a luta da mãe doadora do útero para requerer a guarda da criança torna-se inválida. Considerando-se a identidade genética, não há que se negar que é um direito de todo cidadão saber suas origens biológicas e genéticas, entretanto do ventre que o gerou este nada carrega, uma vez que a carga genética do gerado através das técnicas de reprodução humana, será da mãe solicitante, do marido/

companheiro ou doador, este último tem o seu anonimato protegido, através do termo de consentimento livre e esclarecido assinado entre o doador e a clínica de Reprodução Humana Assistida.

Nas frestas da Lei, poderia ser observado o que Goldhar (2010) afirma, pois além dos laços biológicos, hoje para fins de estabelecimento de filiação, nota-se também os laços afetivos.

Neste aspecto, quando usada à inseminação artificial heteróloga (aquela que utiliza material genético de terceiro/doador), deve-se levar em consideração posteriormente quem de fato está criando a criança, aquele que protege, alimenta, educa, enfim que participa do desenvolvimento, dando todo suporte necessário para o bom desenvolvimento da mesma, este é o que deve ser considerado pai/mãe, pois é o que possui laços intensos de afeto com a criança (DONIZETTI, 2007, p. 15).

Com base na argumentação acima mencionada é possível entender quais laços se está considerando como fundamentais para a relação de pais e filhos. Contudo, não se pode negar ao filho o direito de saber sua origem genética e sua história, questão esta que se mostra de fácil resolução quando o útero doado é de um membro da família, que provavelmente estará por perto do bebê, acompanhando seu desenvolvimento. Semelhante caso talvez não ocorra quando utilizado o ventre de uma amiga, que será inseminada com material genético de uma doadora anônima. Por isso, é importante, analisar o futuro desta criança oriunda deste procedimento médico, pois ela poderá querer saber sua identidade, saber da sua concepção e isso poderá refletir em terceiros envolvidos.

Essa nova cultura da inseminação artificial, em uma sociedade nas condições atuais, que ainda não tem uma tradição, e somada à influência da igreja que sempre esteve em choque com a ciência pode levar a certos impasses sociais. Muitas vezes, levanta-se a questão psicológica, de que os filhos teriam a falta de uma mãe/pai, contudo estes poderão ter a presença materna/paternas dos avós e, acima de tudo, poderão ter a função materna/paterna muito bem empregada por seus pai(s)/mãe(s), visto que tal função não necessita ser realizada necessariamente por terceira pessoa.

Há que se considerar que a norma fundamental está cada vez mais presente, tendo em vista a Constitucionalização do Direito. O avanço tecnológico e o nascimento do Biodireito trouxeram à tona a preocupação com a dignidade da pessoa humana, que deve ser tratada com o mínimo de dignidade e respeito, respeito este que é o autojulgamento que a pessoa faz de suas atitudes. Por outro lado, o médico deve se atentar aos interesses de quem está sob seus cuidados, tal preceito preconiza que o responsável pelo paciente deve fazer tudo que está ao seu alcance, desde que este, seja para o bem do próprio paciente, para evitar danos futuros.

Deste modo, pode-se mencionar o conceito desenvolvido por Immanuel Kant (2009), o qual descreve em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que “a lei moral autônoma é aquela que tem na vontade boa”, seus elementos essenciais e sua fundamentação como sendo princípio da moral, portanto a mulher que cede seu ventre, de forma autônoma, está imbuída de vontade boa.

Em outro sentido, diante da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, se tornou possível a concepção, por meios artificiais, em oposição à relação sexual. O atual Código Civil, em seu Capítulo II (artigo 1.596 e seguintes), que trata da filiação, de maneira tímida trouxe essa questão, fixando a presunção de paternidade, conforme artigo 1.597, III, IV e V. Tal presunção de paternidade é herança do Direito Romano, que como forma de preservar o casamento, e evitar inquirições a respeito da filiação (FERRAZ, 2011).

Quando o método utilizado for o da fertilização homóloga, haverá uma coincidência de filiação biológica e filiação jurídica, neste caso não enseja maiores discussões, pois os pais sociais e biológicos são os mesmos. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, inciso III, deixa expresso o reconhecimento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido já tenha falecido, desde que, o marido tivesse consentido na realização da inseminação artificial com seu material genético. Tal concessão deve ser expressa e deve ou estar com a clínica (termo de consentimento) ou presente em seu testamento (MADALENO, 2008).

Quando da utilização da fertilização heteróloga, que se utiliza material de um doador, para a formação do embrião em laboratório para ser implantado

no útero da mulher, este método acarreta em inúmeros questionamentos sejam eles de ordem ética ou jurídica. Este método é previsto no Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso V, o qual atribui a paternidade ao marido, desde que este tenha autorizado à realização de tal procedimento. Deste modo se pode vislumbrar um caso de filiação socioafetiva, onde o animus de ser pai sobrepõe-se a qualquer vínculo biológico. Quando se observa o caso de uma mulher (solteira), o filho deverá ser registrado apenas em nome da mãe, pois o doador de sêmen está protegido pelo anonimato (FERRAZ, 2011).

Neste procedimento é possível encontrar algumas formas de fecundação: como ter o material genético do casal implantado em terceira pessoa, ou material genético de terceiros, diferente do casal, implantado na cedente e ainda material genético do marido, com óvulo da cedente do útero (FERRAZ, 2011).

O Código Civil foi ausente, ao tratar da maternidade em substituição, muito embora o Conselho Federal de Medicina, já venha dispendo em suas resoluções desde o ano de 1992, a respeito da matéria. O maior impasse encontra-se no Código Civil, que veda este tipo de contrato, seja ele gratuito ou oneroso, haja vista que o objeto é o ser humano, o qual desta forma estaria sendo coisificado. Entretanto este é um método sugerido, quando não existe outra saída para a infertilidade. A Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina prevê que a cedente seja uma familiar até quarto grau e excepcionalmente que seja alguém não pertencente à família, contudo para ambos os casos não se admite remuneração. Quando da indicação de filiação, no primeiro caso, quando o material genético é do casal solicitante não há maiores problemas, pois estes são pais genéticos do nascituro, entretanto o problema se inicia, quando da segunda e terceira instrumentação, pois na segunda não há qualquer vinculação genética com o nascituro e na terceira, o material genético do pai é instrumentado para com o da cedente, o que acarretaria semelhante a uma inseminação, onde a discussão para registro poderia não ter fim (FERRAZ, 2011).

Neste aspecto, os contratos possuem um caráter finalístico, o qual não devem ser atribuído valor, seja valor ao contrato/ato ou a pessoa que se dispõe a tal procedimento, sob pena deste ser humano estar ferindo sua própria dignidade. Tal dignidade é considerada por Kant, como o algo sem valoração mercantil porque



não se pode substituir, logo, a dignidade não tem preço, pois o que possui preço são coisas ou objetos, já o ser humano, possui dignidade e esta é uma qualidade inerente a sua própria espécie (KANT, 1988).

Immanuel Kant é a referência filosófica para o estudo da dignidade humana, na modernidade. Para o autor, no reino dos fins, tudo tem ou preço ou dignidade. “Quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade [...] pode ser um fim em si mesma, um valor intrínseco, isto é dignidade.” (KANT, 1988, p. 187).

Com isso, Kant em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, se atentou aos princípios morais, ditados pela razão, os quais devem ser valorizados e para que assim assumam o papel de leis universais. Com esta aceção, ele estabeleceu que a vida humana, não possui preço e declarou que o ser humano deve ser um fim sem si mesmo, e não como um meio de submissão, ou então os princípios morais não poderiam ser considerados como leis universais (KANT, 2004).

Pode-se dizer que a dignidade humana se encontra vinculada a pessoa que é dotada de qualidades que impede que seja tratada como um meio ou instrumento de vontades alheias, por ser um fim em si mesmo, lhe permitindo ter um valor essencial (KANT, 1988).

O fato de todos os seres humanos pertencerem à humanidade faz com que todos tenham dignidade, que é a essência da humanidade, indivisível, não demonstrável, mas existente como pré-condição (RECKZIEGEL, 2013).

Sarlet (2009) destaca que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana está centrado na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, salientando, pois, que a autonomia se refere à capacidade de autodeterminação de cada ser humano em suas condutas. “Significa o autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física.” (PEGORARO, 2002, p. 106).

Por conseguinte, a autonomia deve ser entendida como a capacidade de a pessoa determinar seu próprio destino, por meio da racionalidade e sem pressões do mundo externo (RECKZIEGEL, 2013).

De acordo com a fórmula desenvolvida por Dürig (1956) e com base na matriz kantiana, a dignidade será violada sempre que a pessoa for reduzida a objeto como mero instrumento. Caso isto ocorra o indivíduo será desconsiderado como sujeito de direito e, portanto, sua dignidade será atingida (SARLET, 2009).

Diante do exposto pode-se perceber que a Dignidade da Pessoa Humana, deve prevalecer em todas as relações, em todas as intervenções médicas que serão realizadas, e que em nenhum momento uma das partes pode faltar com respeito à outra, pois se assim proceder estará ferindo a própria dignidade. Em outro aspecto se deve salientar que a definição da guarda do nascituro deve ser daquele que possui o animus criacional, como anteriormente mencionado, pois este aguarda esta criança, e fez uso da sua autonomia privada para optar pelo seu nascimento. A que diz respeito a mãe portadora do feto, no caso da maternidade em substituição, não se deve alegar que ao entregar a criança, estará lhe ferindo a sua dignidade, pois ela também se utilizou de sua autonomia da vontade para participar desta instrumentação, e tinha o conhecimento consentido de que o bebê gerado neste método não iria ser seu, mas sim do casal que almejou esta gestação, bem como o nascimento desta criança.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estipulação de critérios para a formulação da identidade parental em torno da Reprodução Humana Assistida emerge como caractere objetivo, mas cujo cunho é essencialmente subjetivo. Prova disso é a completa determinação emocional em certos casos como parâmetro de resolução das dúvidas atinentes à condição familiar mais adequada.

A gestação, nos moldes heterólogos expostos, não é mais causa exclusiva para estabelecimento da relação parental como o é em casos de procedimentos gestacionais sem intervenção médica. Nos casos expostos, o afeto é o que vem sendo causa fornecedora de respostas para a criação dos vínculos parentais.

Assim, o que se referenciou enquanto objeto pesquisável foi à determinação parental através de procedimentos de Reprodução Humana

Assistida dentro dos panoramas que extrapolassem a mera relação genética habitual, sendo a maior exemplificação apontada o caso dos já citados mecanismos heterólogos de inseminação, além da cessão de ventre para a gestação de um filho de outrem.

Nenhuma outra resposta exsurge com tanta propriedade quanto à consideração dos critérios afetivos para estipulação da relação parental devida, de modo que o elemento volitivo circunscrito no caso familiar em análise é fator de ponderação de relevância incomensuravelmente maior do que a simples guarda de um embrião.

É movimento notável nas correntes mais humanistas do Direito a completa observação dos valores humanos como causa motriz da geração de garantias constitucionais e jusnaturalistas. Desta forma, o que se busca é a elevação da Dignidade Humana em seu espectro emocional como elemento inseparável de não apenas a geração de direitos, mas também de formulação de um contexto social em que figure como protagonista a realização da plenitude vivencial humana em todas as suas formas.

Por fim, indissociável é o quadro da referida realização vivencial e uma formação familiar, independente do molde sob o qual se esculpa os diversos anseios em jogo. Se a dignidade kantiana apela ao reconhecimento como sujeito de valores, ela vincula invariavelmente tal conceito ao de uma realização humana que transborde o individualismo. É por motivos assim que a importância do reconhecimento familiar e da identidade parental são alçadas ao topo do ordenamento de direitos da referida célula social; pelo fato de ser na coletividade e através de seus laços intersubjetivos que todos os indivíduos se realizam em plenitude.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. *Código Civil, Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.013, de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 957/10. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 119, 9 maio 2013b.

CALLAHAN, Daniel. Bioethics. In: REICH, Warren (org.). *Encyclopedia of Bioethics*. 2. ed. [S. L.]: Macmillian Pub, 1978.

COTTO, Mayra Carillo. Nuevos metodos de concepción humana: estudio sobre sus consecuencias em el ordenamento juridico puertorriqueño. *Revista Juridica de La Universidad de Puerto Rico*, Rio Piedras, v. 56, n. 1, p. 127-157, 1987.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva – O preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2007.

DÜRIG, Günter. Der grundsatz der menschenwürde. entwurf eines praktikablen wertsystems der grundrechte aus art. 1 abs. 1 in verbidung mit art, 19 abs. ii des grundgesetzes. *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, n. 81, p. 127, 1956.

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

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Escritura reconhece união afetiva a três*. 2012. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/Escritura+reconhece+uni%C3%A3o+afetiva+a+tr%C3%AAs>. Acesso em: 8 jul. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Editora 70, 1988.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Biodireito em Discussão*. São Paulo: Juruá, 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas*. Curitiba: Gênesis, 2004.

PEÇORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RECKZIEGEL, Janaína. *Seres Humanos, Autonomia e Fármacos 2013*. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2 ed. [S.l.]: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.