



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO
ASCENDENTE GENÉTICO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA
HETERÓLOGA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Claudia Maria Oliveira de Albuquerque

Orientador: Professor Doutor Flávio Luiz da Costa

Coorientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 30001914

Abril de 2023

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho, primeiramente, aos meus pais Getúlio e Léa (*in memoriam*). Ele que me ensinou com sua trajetória de vida, a importância de lutar para conquistar seus objetivos, e enfrentar com coragem os desafios que se atravessam em nosso caminho. À minha mãe, levada ao céu tão recentemente, que me deixou um legado de coragem e altivez, pelo tanto que sempre vibrou com cada vitória minha e que certamente teria se enchido de orgulho pela conclusão deste trabalho.

Aos meus filhos, a razão da minha existência, pelo contínuo aprendizado do verdadeiro sentido de maternidade.

À pequena Giovanna, minha neta, que, antecipando-se às previsões, há poucos dias, protagonizou o milagre da vida: o amor se renovando.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Universidade Autônoma de Lisboa Luís de Camões e ao seu qualificado corpo docente pela oportunidade de aprofundar conhecimentos na Ciência do Direito, ao longo do Mestrado em Ciências Jurídicas.

Ao meu orientador, Professor Doutor Flávio Luiz da Costa, minha profunda gratidão pela dedicada orientação prestada, por todo o incentivo recebido e pela solidariedade e compreensão pelos momentos difíceis que enfrentei, no decorrer da elaboração desta Dissertação.

Um agradecimento especial à minha coorientadora, Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, de quem tive o privilégio de ser aluna e que me inspirou na escolha do tema dessa Dissertação, com quem sempre pude contar em termos de sensibilidade, disponibilidade e compreensão.

Agradeço a minha filha Vanessa, minha colega de Mestrado, pelas horas de estudo compartilhadas e pelos profícuos e profundos debates que travamos sobre temas instigantes da ciência do Direito.

Meu agradecimento especial à colega Dra Tania Bécil Helou, pela amizade tecida durante o Curso de Mestrado e pela colaboração que nunca faltou.

Por fim, meus agradecimentos a todos aqueles cujo incentivo e confiança em mim depositada tornaram possível a realização desse projeto.

RESUMO

O direito à identidade genética das pessoas nascidas de Procriação Medicamente Assistida (PMA), na perspectiva do direito ao conhecimento da identidade dos doadores de gametas e embriões, é um dos inquietantes temas que cercam a reprodução heteróloga. São dois os obstáculos que se opõem ao exercício desse direito, o primeiro deles, o segredo sobre a utilização das técnicas, atendendo às conveniências dos beneficiários e o sigilo sobre a identidade do doador de gametas e embriões, uma opção legislativa. Considerado um dos grandes dilemas éticos afetos à PMA heteróloga, a eliminação do sigilo da identidade do doador está longe de alcançar consenso. Nem mesmo no contexto da própria União Europeia em que há uma base valorativa assemelhada o tema recebe tratamento uniforme entre os Estados-membros. Há uma evidente colisão entre os direitos fundamentais dos filhos, pais e doadores. Os Países que optam em ocultar a identidade dos doadores, fazem-no, preterindo os interesses dos filhos, em afronta à sua dignidade, transformando-os em meros produtos do desejo de seus pais. Pretende-se demonstrar que o direito ao conhecimento da ascendência genética, dimensão do direito à identidade, é direito de personalidade, que constitui a base biológica da identidade pessoal, sem a qual não se consegue promover satisfatoriamente a ligação entre as unidades psicossomática e a *eu-mundo* da personalidade. Ainda, objetiva esse trabalho demonstrar que a autocompreensão de si é necessária para o livre desenvolvimento da personalidade, considerando-se que o ser humano é tanto carga genética quanto sociabilidade. Pretende-se, ainda, demonstrar que o direito ao conhecimento à identidade do ascendente genético é um direito humano que deita raízes na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 (Resolução nº 44/25, da Assembleia Geral da Nações Unidas) e, como tal, um direito universal e que excluir dos filhos gerados por reprodução heteróloga o direito de conhecer sua ascendência genética ofende o princípio da igualdade, pois é direito reconhecido às demais filiações. É um tema desafiador que coloca em discussão a necessária harmonia entre os avanços da ciência e preceitos éticos e morais da sociedade, a realçar a importância da Bioética e do Biodireito para apresentar as soluções jurídicas adequadas às novas demandas trazidas pelo desenvolvimento científico. A pesquisa é feita a partir do Direito português que, em sua Carta Magna, consagra o direito à identidade genética e de sua legislação infraconstitucional em paralelo com o tratamento dispensado à matéria no Brasil. Os métodos utilizados foram dedutivo e dialético e os procedimentos foram histórico, comparativos e estudos de casos. A investigação concluiu que o direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético na reprodução heteróloga é uma dimensão do direito à identidade genética,

cujo conteúdo protegido compreende duas facetas, a primeira, o conhecimento das condições do nascimento e a segunda, o direito de saber quem são os ascendentes genéticos. Chegou-se à conclusão que a política de manutenção do sigilo do doador viola dois princípios estruturantes de Estado de Direito: o princípio da igualdade e o da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético. Reprodução heteróloga. Direito à identidade genética. Anonimato do doador de gametas e embriões.

ABSTRACT

The right to genetic identity of people born through Medically Assisted Procreation (PMA), from the perspective of the right to know the identity of gamete and embryo donors, is one of the disturbing themes surrounding heterologous reproduction. There are two obstacles that oppose the exercise of this right, the first of which is the secrecy regarding the use of techniques, meeting the convenience of the beneficiaries and secrecy regarding the identity of the donor of gametes and embryos, a legislative option. Considered one of the great ethical dilemmas affecting the heterologous PMA, the elimination of the secrecy of the donor's identity is far from reaching a consensus. Not even in the context of the European Union itself, where there is a similar evaluative base, does the theme receive uniform treatment among the Member States. There is an obvious collision between the fundamental rights of children, parents and donors. Countries that choose to hide the identity of donors do so, neglecting the interests of their children, in affront to their dignity, transforming them into mere products of their parents' desire. It is intended to demonstrate that the right to knowledge of genetic ancestry, a dimension of the right to identity, is a personality right, which constitutes the biological basis of personal identity, without which it is not possible to satisfactorily promote the connection between the psychosomatic units and the self. -world of personality. Still, this work aims to demonstrate that self-understanding is necessary for the free development of personality, considering that the human being is both genetic and sociable. It is also intended to demonstrate that the right to know the identity of the genetic ascendant is a human right that has roots in the International Convention on the Rights of the Child, of November 20, 1989 (Resolution No. 44/25, of the General Assembly of the Nations) and, as such, a universal right and that excluding children generated by heterologous reproduction from the right to know their genetic ancestry offends the principle of equality, as it is a right recognized for other affiliations. It is a challenging topic that calls into question the necessary harmony between advances in science and ethical and moral precepts of society, highlighting the importance of Bioethics and Biolaw to present the appropriate legal solutions to the new demands brought about by scientific development. The research is based on Portuguese law, which, in its Magna Carta, enshrines the right to genetic identity and its infraconstitutional legislation in parallel with the treatment given to the matter in Brazil. The methods used were deductive and dialectical and the procedures were historical, comparative and case studies. The investigation concluded that the right to know the identity of the genetic parent in heterologous reproduction is a dimension of the right to genetic identity, whose protected content comprises two facets, the first, knowledge of the conditions of birth

and the second, the right to know who are the genetic ancestors. It was concluded that the policy of maintaining donor secrecy violates two structuring principles of the rule of law: the principle of equality and proportionality.

Keywords: Right to know the identity of the genetic parent. Heterologous reproduction. Right to genetic identity. Anonymity of the donor of gametes and embryos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DE FUNDAMENTO DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DO ESTADO DE DIREITO A EIXO CENTRAL DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1. A origem da noção de dignidade humana: da evolução do conceito filosófico de dignidade humana à recepção constitucional do princípio	16
1.1.1. A recepção da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica contemporânea.....	19
1.1.2. O fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
1.1.3. A dupla perspectiva da dignidade humana protegida: a dignidade como integridade humana e como igual dignidade	25
1.2. A visão pós-positivista de princípios	28
1.2.1. A teoria de Dworkin: o tudo ou nada das regras em contraposição à dimensão de peso dos princípios.....	29
1.2.2. A reformulação teórica de Alexy: regras como razões definitivas e princípios como mandamentos de otimização	31
1.3. Dignidade da pessoa humana no contexto dos princípios estruturantes do estado democrático de direito.....	33
1.3.1. A insuscetibilidade de ponderação dos princípios estruturantes de Estado de Direito ..	34
1.3.2. O princípio da igualdade como maior concretização do princípio da dignidade da pessoa humana	35
1.3.3. O princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente do Estado.....	37
1.4. A dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema de direitos fundamentais. 40	
1.4.1. A ponderação como método de solução de colisão de direitos fundamentais: os limites aos limites e o núcleo essencial	41
1.4.2. O limite aos limites e o núcleo essencial dos direitos fundamentais: a relevância dos princípios estruturantes de Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana nesse debate	43
2. A FAMÍLIA REPERSONALIZADA E SEUS REFLEXOS NA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	44
2.1. Da família antiga à família contemporânea.....	45
2.1.1. A família como <i>locus</i> de realização da pessoa: a democratização da família e o princípio da igualdade familiar	49
2.1.2. Os novos tempos e seus efeitos sobre as uniões resultantes do casamento e união de facto.....	50
2.1.2. As crianças alçadas à posição de sujeitos de direito	52
2.1.3. Da parentalidade responsável.....	55

2.2. O direito de constituir família e o livre planejamento familiar	57
2.3. A biologia, o afeto e a vontade como elementos definidores do estabelecimento da filiação.....	59
2.3.1. Multiparentalidade	62
3. A REPRODUÇÃO HUMANA POR MEIO DAS TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	66
3.1. A reprodução humana natural e seu significado	66
3.2. A bioética e a necessidade de impor limites à pesquisa e experimento científicos.....	68
3.2.1. A Bioética: objeto de estudo e princípios regentes	71
3.2.2. Da Bioética ao Biodireito: um caminhar juntos no sentido da proteção dos valores éticos e da dignidade da pessoa humana	74
3.3. A reprodução humana medicamente assistida: do mito à realidade.....	77
3.4. Classificação da procriação medicamente assistida	80
3.5. A autonomia reprodutiva: o desejo de ter um filho versus o direito a um filho.....	81
3.6. A procriação medicamente assistida: enquadramento legal e aspectos gerais.....	84
3.6.1. A reprodução heteróloga e alguns de seus debates bioéticos à luz da disciplina luso-brasileira	90
3.6.2. As técnicas de PMA em espécie	91
3.6.2.1. Inseminação artificial	91
3.6.2.2. Fertilização <i>in vitro</i>	92
3.6.2.3. Injeção intracitoplasmática de espermatozoide.....	93
3.6.2.4. Diagnóstico genético pré-implantacional.....	93
3.6.2.5. Transferência de embriões, zigoto ou gameta	95
3.6.2.6. Transferência de gametas (GIFT)	95
3.6.2.7. Transferência de zigoto (ZIFT).....	95
3.6.2.8. A gestação de substituição	96
3.6.2.9. A substituição mitocondrial: a tríplice parentalidade genética	97
3.6.2.10. Clonagem reprodutiva humana: o duplo eu proibido.....	98
3.7. As técnicas de procriação medicamente assistida, na perspectiva do estabelecimento dos vínculos parentais.....	99
3.7.1. Reprodução heteróloga e multiparentalidade: as peculiaridades do direito brasileiro. 101	
3.7.2. A constituição de famílias monoparentais com emprego das técnicas de procriação assistida heteróloga	102
4. O DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO ASCENDENTE GENÉTICO: UM AUTÊNTICO DIREITO DE PERSONALIDADE.....	105
4.1. Os direitos de personalidade: direitos humanos, fundamentais e direitos subjetivos	105
4.1.1. O direito à identidade pessoal e genética	110

4.1.2. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade	114
4.1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada.....	116
4.2. Do desejo ao direito de conhecer a própria origem.....	117
4.2.1. A evolução normativa e jurisprudencial do direito ao conhecimento das origens genéticas na perspectiva da constituição da parentalidade em Portugal e no Brasil.....	120
4.2.2. O direito ao conhecimento das origens na aceção exclusiva dos direitos de personalidade dos filhos adotivos e dos havidos por meio da reprodução assistida heteróloga na perspectiva luso-brasileira	124
4.2.2.1 O direito dos filhos nascidos de PMA a conhecerem a identidade de seus ascendentes genéticos.....	128
4.2.2.1.1. O Segredo e o Anonimato dos doadores de gametas ou embriões: dois problemas, duas soluções.....	131
4.2.2.1.2. A prevalência do direito ao conhecimento das raízes genéticas sobre o anonimato do doador de gametas: uma imposição ditada pelos princípios e valores consagrados na ordem constitucional	137
4.3. O processo de positivação do direito dos filhos havidos por PMA a conhecer a identidade de seu ascendente genético no Direito Português	140
4.3.1. O paradigmático acórdão 225/2018 do Tribunal Constitucional Português: um modelo de ponderação de conflitos e interesses	142
4.4. O atual estágio do tema no Brasil.....	145
4.4.1. A tutela do direito ao conhecimento da identidade dos ascendentes genéticos no Brasil	146
CONCLUSÃO	150
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	158

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CJF – Conselho da Justiça Federal

CF – Constituição Federal

CIDC – Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

DIDGH – Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HC- Habeas Corpus

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

LUF – Lei das Uniões de Facto

MI – Mandado da Injunção

ONU – Organização das Nações Unidas

PMA- Procriação Medicamente Assistida

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

INTRODUÇÃO

A reprodução humana é contemporânea à existência do próprio homem, durante muito tempo restrita a mero fenômeno natural, resultante da junção entre os corpos masculino e feminino e do subsequente encontro entre espermatozoide e óvulo que davam origem a um novo ser que traz consigo metade da hereditariedade recebida de cada um de seus genitores, resultado da herança genética que lhe foi por eles transmitida¹.

O processo natural de procriação, durante séculos, era o único responsável pela perpetuação da espécie e pela diversidade espetacular de formas, advindas da constituição da hereditariedade individualizada de cada ser humano gerado².

A pulsão reprodutiva seja impulsionada pelo intuito de preservação da espécie, seja pelo desejo narcísico de continuidade de si mesmo³, ao longo da história humana, esbarrou em obstáculos à reprodução de casais, alguns intransponíveis, caracterizando esterilidade e outros, dificuldades à atividade reprodutiva, a configurar infertilidade⁴.

O desenvolvimento da Biotecnologia aplicada à reprodução humana colocou-se como um poderoso aliado de casais com problemas reprodutivos, na realização do desejo procriativo, viabilizando-o por outras vias, a suscitar acalorados debates, centralizados na defesa da dignidade humana das pessoas envolvidas⁵.

As objeções iniciam-se por considerar a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida como uma intervenção indevida na natureza, que resultava em medicalizar a procriação, alijando desse processo o ato sexual, provocando, alegadamente, a exclusão do afeto⁶.

Afora isso, a sofisticação cada vez maior das técnicas reprodutivas e o temor de interferências no genoma humano que venham a causar prejuízos futuros e presentes à humanidade coloca em alerta a comunidade internacional e tem sido o mote da produção de diversos documentos internacionais, visando à sua proteção⁷.

¹ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 18/23.

² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 18

³ TRINDADE, Jorge – **Manual de Psicologia Jurídica para os operadores do Direito**, p. 342.

⁴ MORAES, Carlos Alexandre – **Responsabilidade Civil dos pais na reprodução humana assistida**, p.66.

⁵ RAPOSA, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 348.

⁶ LEITE, Eduardo Oliveira – **Procriações artificiais e o Direito**, p. 132.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira- Intervenções no genoma humano: validade ético-jurídica. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da bioética. Vol. II.**, p. 26-27.

Encontram-se, ainda hoje, em alguns meios, resistências à reprodução heteróloga, notadamente pela dissociação entre a parentalidade biológica e a jurídica e pela intervenção de um terceiro estranho à intimidade do casal no processo procriativo⁸.

O reconhecimento do direito à reprodução abrange não só a procriação pelas vias naturais como pelo emprego das técnicas reprodutivas e a autonomia reprodutiva, em um e outro caso, é exercida dentro dos mesmos parâmetros⁹. Significa dizer que o direito pode ser exercido sem interferência do Estado que tem o dever de proporcionar o acesso às técnicas a casais cuja saúde reprodutiva esteja comprometida¹⁰.

O direito de ter um filho, no entanto, não é absoluto e não se confunde com o direito a um filho, a ser conquistado em quaisquer condições, como se de objeto se tratasse, em desacordo com normas éticas e jurídicas consagradoras de interesse público, mas ao contrário, encontra limites em um leque de valores superiores, relacionados com a dignidade humana própria dos filhos, à sua liberdade de agir, sua livre formação e sua ampla subjetivação¹¹.

O amplo processo de subjetivação do filho necessariamente imprescinde do conhecimento de sua identidade genética, relacionada com o conhecimento da identidade daqueles que lhe transmitiram a informação única e irrepetível que o singulariza como indivíduo e o identifica¹². À míngua desse conhecimento não se realiza satisfatoriamente a ligação entre as unidades psicossomática e a eu-mundo da personalidade¹³.

O direito à identidade genética do filho abrange também o direito à verdade pessoal¹⁴ e importa no dever de transparência que deve nortear as relações no ambiente familiar¹⁵, notadamente no espaço democrático em que se formam.

Assim considerado, evidencia-se uma estreita ligação entre o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à identidade pessoal e genética, dado que a personalidade é condicionada por fatores genéticos¹⁶, tornando de capital importância o

⁸ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 387-388.

⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 371.

¹⁰ VIOTTI, Maria Luíza Ribeiro – **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, [em linha].

¹¹ NEVES, Maria do Céu Patrão – Mudam-se os tempos, manda a vontade. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da bioética. Vol. III.**, p. 133.

¹² DUARTE, Tiago – **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei**, p. 44.

¹³ RABINDRANATH, Valentim Capelo de Sousa – O direito geral de personalidade, p. 245.

¹⁴ CARVALHO, Adriano *apud* RABINDRANATH, Valentim Capelo de Sousa – **O direito geral de personalidade**, p. 245.

¹⁵ VARELA, João Antunes – **A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro**, p. 34-35.

¹⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 13.

conhecimento da identidade do ascendente genético para o exercício da autodeterminação no eu consigo e no eu mundo¹⁷.

Trata-se, portanto, de direito de personalidade que tem assento constitucional na Constituição da República Portuguesa (CRP) e materialmente constitucional¹⁸, no caso brasileiro, que se inscreve numa zona de heteronomia, a exigir respeito dos particulares e do Estado, sendo sua tutela uma imposição do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹.

Em meio aos dilemas éticos que a utilização das técnicas granjeia, o direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético dos filhos nascidos de PMA heteróloga remanesce longe de conquistar consenso, mesmo na União Europeia que reúne Países com base valorativa assemelhada, e em que pese a tendência mundo afora de se reconhecê-lo²⁰.

O reconhecimento desse direito, que deita raízes na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, compreendido como integrando o âmbito de proteção do direito à identidade genética, previsto no n.º 3, do art. 26.º, da CRP, já encontra expresso amparo no art. 15.º, n.º 2, da Lei 32/2006. Enquanto isso, no Brasil que, sequer possui diploma legal que regule a PMA, é tema a que se tem dado pouca importância, visto que projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, garante o anonimato, a dificultar a defesa dos direitos dessas pessoas.

A concretização desse direito supõe a superação de dois obstáculos que atentam contra o conteúdo protegido desse direito: o primeiro, de índole intrafamiliar, consistente em desvendar o segredo da utilização das técnicas, revelando ao filho as circunstâncias de seu nascimento, o que se mostra um gesto de respeito à individualidade da criança, enquanto sujeito de direito, consectário dos ônus decorrentes da responsabilidade reprodutiva e atende o princípio da parentalidade responsável²¹.

O segundo óbice é uma opção de política legislativa, que consiste em abolir o anonimato do doador do gameta, priorizando o superior interesse dos filhos, a exemplo do que tem sido feito no caso de filhos adotivos e como a própria legislação brasileira já permite (art. 48, da Lei 8.069/ 90), prestigiando, assim o princípio da igualdade, concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A presente Dissertação desenvolve o tema estabelecendo um paralelo entre o tratamento do direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético em Brasil e

¹⁷ RABINDRANATH, Valentim Capelo de Sousa – *Op. Cit.*, p. 352.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang – *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 82.

¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Direitos de personalidade*, p. 53

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – *Acórdão n.º 225, de 24 de maio de 2018*, [em linha].

²¹ RAPOSO, Vera Lúcia – *O direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião in vitro*, p. 811.

Portugal, recorrendo, em algumas oportunidades, à experiência europeia em geral, onde se iniciaram as primeiras discussões sobre a matéria e onde a PMA está amplamente regulada²².

Composta de quatro capítulos, no primeiro, aborda o princípio da dignidade da pessoa humana, sua base conceitual, a recepção constitucional do princípio, seu fundamento, discorrendo sobre sua dupla acepção, de integridade humana e igual dignidade. Examina a visão pós-positivista de princípio, passando a estudar a dignidade da pessoa humana no contexto dos princípios estruturantes do Estado de Direito. Por fim, analisa o princípio da dignidade da pessoa humana, na condição de fundamento do sistema de direitos fundamentais, apresentando a técnica da ponderação como melhor ferramenta para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

O segundo capítulo trata da família repersonalizada, sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, na vigência do Estado democrático de direito, que transporta a democracia do espaço público para o privado, democratizando e humanizando as relações familiares. Estuda o novo status que crianças e adolescentes alcançaram, por força da doutrina da proteção integral, que passam a ser considerados sujeitos de direito, cujos interesses são considerados prioritários, examinando o princípio da parentalidade responsável. Analisa, nesse cenário, o direito de constituir família e critérios de definição do estabelecimento da filiação.

O terceiro capítulo dedica-se ao exame da reprodução humana com emprego das técnicas de procriação medicamente assistida, com breve abordagem das mais usuais e o papel da Bioética e do Biodireito no estabelecimento de limites à ciência em defesa da dignidade da pessoa humana e de valores consagrados na ordem jurídica. Finaliza com a análise dos vínculos parentais formados a partir da utilização das técnicas.

O quarto e último Capítulo trata do direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético enquanto direito de personalidade, discorrendo sobre os que são apontados como colidentes, a saber, o direito à identidade pessoal e genética; o livre desenvolvimento da personalidade e o direito à reserva da intimidade da vida privada, identificando seu âmbito de proteção. O direito ao conhecimento das origens é analisado, no contexto luso-brasileiro, com ênfase em duas perspectivas: da constituição da parentalidade e de mero desvendar os vínculos genéticos, na hipótese de filhos adotivos e dos nascidos por meio de PMA. Examina-se, em separado, o direito da pessoa nascida de PMA a conhecer a identidade de seus ascendentes genéticos, distinguindo as duas situações definidas como segredo e anonimato dos doadores, estudando-se a seguir os motivos pelos quais deve prevalecer os interesses dos filhos. Aborda-

²² RAPOSO, Vera Lúcia – **Dá-me licença que tenha filhos? Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**, p. 5-6.

se o processo de positivação do direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético no Direito português e a importante contribuição do paradigmático Acórdão 225/2018. E finalmente, estuda-se o estágio do tema no Brasil e apresenta-se algumas propostas de tutela do direito do filho oriundo de PMA.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DE FUNDAMENTO DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DO ESTADO DE DIREITO A EIXO CENTRAL DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. A origem da noção de dignidade humana: da evolução do conceito filosófico de dignidade humana à recepção constitucional do princípio

A origem da dignidade sob o prisma etimológico remonta a *dignitas* romana ou seu correspondente grego, indicadores de honra, valor ou apreço, adquiridos ou conquistados por merecimento ou virtude²³.

Expressava, portanto, um certo *status* pessoal galgado por quem ocupava uma determinada posição política ou social correlata ao exercício de uma função pública ou resultado do reconhecimento geral de que alguém se tornava destinatária, por uma atitude ou comportamento reputados exemplares, ensejadores de um dever generalizado de respeito, honra e deferência que, uma vez não observado, importava sanções civis e penais²⁴.

A *dignitas* romana, portanto, expressava uma dimensão política da dignidade, relacionada com o pertencimento do indivíduo à aristocracia política ou social, de modo que, em função do reconhecimento que usufruía na sociedade, poderia ser mais ou menos digno, estabelecendo-se, com isso, uma dose de quantificação ou modulação da dignidade²⁵. A condição de cidadão tinha precedência sobre a de pessoa e a liberdade era uma decorrência da situação política, de sorte que, somente quem possuía poder para votar era livre para exercer direitos no domínio privado. Em síntese, o *status libertatis* era condicionado pelo *status civitatis*²⁶.

De outra parte, aquele que usufruía do privilégio da *dignitas* deveria corresponder a ele, pautando sua conduta em um agir digno, isto é, levando uma vida exemplar, na dupla dimensão de labor cum *dignitate* ou *otium cum dignitate*. Essa ideia atravessa os tempos e encontra correspondência também nos dias atuais, na concepção de que uma postura é considerada digna quando se coloca num patamar elevado, se comparada a um nível de vulgaridade em que, no mesmo contexto, outra pessoa estaria inclinada a se lançar²⁷.

²³ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, p. 13.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 14.

²⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de Oliveira – **Direitos da personalidade**, p. 3.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 35.

A Marco Túlio Cícero²⁸, orador e estadista romano e filósofo estoico, coube a utilização pioneira da expressão dignidade do homem, em sua obra *De Officiis*, concebida sob dupla perspectiva: em caráter absoluto, como uma dádiva, posto que, sendo o homem um ser racional, ocupa o papel mais elevado na hierarquia do Cosmos e em um viés relativo, como conquista que advém da posição social do indivíduo, sujeita a modificação no curso de sua existência.

A partir dessas breves considerações, já é possível concluir que a dignidade dos romanos era precária e frágil, pressupondo uma sociedade estratificada e hierarquizada, consagradora de privilégios, estruturalmente incompatível com a ideia de dignidade contemporânea que tem na igual dignidade um dos seus pilares conceituais²⁹.

A trajetória evolutiva da concepção contemporânea da dignidade é em grande medida modelada pela tradição judaico-cristã, sob uma perspectiva religiosa, que parte da ideia de que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus Pai, a quem cabe amar ao próximo como a si mesmo³⁰, iniciando-se uma aproximação com a ideia de igualdade. Esse é o primeiro dos três relevantes marcos históricos da formação da noção contemporânea de dignidade, tríade que se completa, cronologicamente com o movimento iluminista e o período imediato ao pós Segunda Guerra³¹.

No decorrer da Idade Média, a noção de dignidade humana manteve-se interligada à religião. Dentre os pensadores cristãos, merece destaque São Tomás de Aquino, que reformulou o conceito de dignidade humana, buscando embasamento não só no postulado de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, como também na autodeterminação inerente à natureza humana, em virtude do que o indivíduo, naturalmente livre, existe por sua própria vontade. A concepção tomista estabelece uma correspondência entre a dignidade e o valor intrínseco do indivíduo, no âmbito da criação divina³².

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, p. 35.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**, p. 14.

³⁰ No Velho Testamento, por exemplo, a ideia de igualdade se faz presente na assertiva: “Não há judeu ou gentio, nem escravos nem libertos, nem homens ou mulheres, pois todos vocês são um só em Jesus Cristo. GÁLATES. *In* **BÍBLIA**, cap. 3, vers. 28.

³¹ BARROSO, Luís Roberto – *Op. Cit.*, p. 15.

³² SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, p. 35-36.

Já nos primórdios da Idade Moderna, Pico della Mirandola³³ lega à humanidade seu “Discurso sobre a Dignidade do Homem”, dando início à dissociação da *ratio philosophica* da *ratio theologica*. Embora não rompendo com princípios teóricos da Igreja Católica, o Conde della Mirandola, no contexto antropocêntrico renascentista, formulou uma teoria segundo a qual, o homem, fruto da criação divina, possuía uma natureza indefinida, ao contrário dos demais seres criados por Deus.³⁴

No pensamento do filósofo, a dignidade humana adquiriu o sentido de dignidade subjetiva, embora mantida a condição de dádiva divina. A grande novidade de sua formulação foi concentrar a essência da dignidade humana na autonomia, isto é, na autodeterminação e liberdade que possibilitam ao homem, com exclusividade, nos limites outorgados pela criação divina, forjar o seu próprio destino³⁵.

Na compreensão humanista de Pico, o homem, o ser superior da criação, é o mediador entre as coisas terrenas e celestes e, por meio da razão, tem consciência de que foi condenado por Deus à liberdade para realizar suas escolhas e definir sua própria natureza³⁶.

Considerada herética pelo Papa Inocêncio VIII, a *Oratio de Hominis Dignity* é tida como o manifesto fundador do humanismo renascentista e ponto de partida para a concepção de dignidade subjacente aos modernos documentos de direitos humanos³⁷.

O percurso de secularização do conceito de dignidade humana alcança seu termo final com o filósofo iluminista Immanuel Kant³⁸, que tem como ponto de partida a natureza racional do ser humano é, ainda, nos dias atuais referência para a Filosofia Moral e Jurídica no Ocidente.

O filósofo iluminista reconhece no indivíduo valor intrínseco que o torna merecedor de respeito, esse o elemento ontológico de sua teoria, enquadrando a dignidade como atributo único e inerente à pessoa enquanto sujeito moral, possuidor de autonomia, expressão da vontade racional e livre³⁹.

³³ A obra piquiana é considerada um elogio da filosofia, que embora se valha da noção do divino, reivindica espaço para a *rathio philosophica*, inobstante insuscetível de dependência ou subordinação à *ratio theologica*. MIRANDOLA, Giovanni Pico della – **Discurso sobre a Dignidade do Homem**, p. X.

³⁴ De acordo com o pensamento de Pico, o Criador dotou o homem com sementes de todos os seres para que ele, possuidor de razão e arbítrio, assumisse a posição de artífice do que desejasse ser ou obter, cabendo-lhe a escolha entre degenerar-se e tornar-se uma besta ou elevar-se e ser um anjo. *Idem* – **Op. Cit.**, p. XLVI.

³⁵ “Ó suma liberdade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! Ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer”. *Ibidem*.

³⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. XLVI-XLVII.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang – **Op. Cit.**, p. 36.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang – **Op. Cit.**, p. 39.

³⁹ KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 76.

Em conformidade com o pensamento kantiano essa autonomia, o elemento ético da concepção de Kant, é calcada no agir guiado por um dever moral, imposto pela lei máxima que cada um se atribui, no reino dos fins⁴⁰, e que corresponde a um imperativo categórico ou imperativo de moralidade, antiutilitarista, que pode ser generalizado, tornando-se lei moral universal. Assim, no exercício de autodeterminação, cada indivíduo atuaria como legislador.

De acordo com Kant, o homem, por ser dotado de capacidade racional e moral, adquire autonomia de legislador no reino dos fins,⁴¹ de se autodeterminar, levando em conta o valor intrínseco de cada um, que torna o homem insuscetível de precificação e substituição. Significa, em resumo, respeitar a dignidade de cada pessoa, proibida a coisificação do outro, que terá sempre que ser visto como um fim em si mesmo, proscribida relativização.

A doutrina do filósofo prussiano impõe não só a proibição de que uma pessoa instrumentalize outra, como também o dever de cada um de respeitar a si próprio, não considerando autônomas decisões individuais que reduzam a si mesmo à condição de mero objeto⁴².

A partir da concepção kantiana, que distancia a ideia original de dignidade alicerçada na doutrina da fé judaico-cristã do dogma do criacionismo, e assume, ao invés disso, uma matriz essencialmente filosófica, tornou-se possível formular um conceito jurídico de dignidade, convertendo-se o dever virtuoso em dever jurídico, apto a ingressar na ordem constitucional dos Estados democráticos de direito laicos, como viga mestra sobre a qual se assenta um Direito Constitucional, a um só tempo inclusivo e não confessional⁴³.

1.1.1. A recepção da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica contemporânea

Após trilhar uma longa trajetória, partindo da reflexão filosófica na Antiguidade clássica, passando pelo debate ético, pela fé religiosa e pelas ideias políticas, a dignidade humana surge referenciada em textos constitucionais e Declarações de Direitos dos séculos

⁴⁰ “Portanto, todos os homens estão submetidos a leis, pelas quais devem tratar-se e tratar os outros, nunca apenas como meio, mas sempre também como finalidades em si.” KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 76.

⁴¹ No reino das finalidades tudo tem preço ou dignidade. No lugar daquilo que tem preço, pode ser colocada outra coisa, equivalente; por outro lado, possui uma dignidade aquilo que está acima de qualquer preço, portanto, não possui equivalente. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 77.

⁴² Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade; pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer por outros quer, inclusive, por si mesmo), mas deve ser sempre usado ao mesmo tempo como um fim. É precisamente nisso que sua dignidade (personalidade) consiste, [...]. *Idem* – **Metafísica dos Costumes. Parte II: Dos deveres de virtude para com os outros**, §38, p. 306.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 47-48.

XVIII e XIX, em grande medida, no contexto de programas de lutas políticas e sociais, com destaque à Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, no ano de 1918, que embasou a constituição soviética⁴⁴.

Logo na primeira metade do século XX, surgiram os primeiros textos constitucionais consagradores da ideia de dignidade humana. O primeiro deles, a Constituição mexicana, de 1917, resultado da Revolução mexicana, cujo início ocorreu em 1910, a qual acolheu reivindicações da classe trabalhadora, no período revolucionário, atribuindo direitos fundamentais sociais, promovendo um autêntico constitucionalismo social, ao lançar novos alicerces para que fosse edificado um Estado Social de Direito⁴⁵.

No ano de 1919, duas constituições fazem referência indireta à dignidade humana, assumindo o pioneirismo a Constituição da Finlândia, seguida pela de Weimar, que conquistou prestígio por ter aperfeiçoado as linhas mestras traçadas pela mexicana, no tocante à construção do Estado social de direito. A constituição alemã foi produto do movimento republicano e socialista cuja luta reivindicava condições de vida digna aos trabalhadores que o Estado, por meio de sua organização social e econômica, teria que garantir aos cidadãos⁴⁶.

Todavia, foram as atrocidades praticadas no transcorrer da Segunda Grande Guerra que fizeram aflorar a consciência humanitária da comunidade jurídica internacional quanto à imprescindibilidade de se promover a tutela jurídica da dignidade da pessoa humana. Em realidade, o risco da desumanização do homem pelo próprio homem que o conflito mundial prenunciava foi decisivo para que a ONU avocasse para si essa missão. Com esse desiderato, a Organização, na sua Carta de constituição, ainda no Preâmbulo, declara a crença “nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”⁴⁷.

Reafirmando seu protagonismo, a Assembleia Geral da ONU promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, proclamando a dignidade de todos os seres humanos, a par de reconhecer a existência de uma família humana, constituída por membros possuidores de iguais direitos, nisso consistindo o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo⁴⁸.

A ideia de que a dignidade é atributo da pessoa, pela sua humanidade, pelo só fato de existir, torna-se indubitosa pela dicção expressa da primeira parte do caput do art. 1.º

⁴⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto – **Constituição Mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil**, [em linha].

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 50.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, [em linha].

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, [em linha].

que proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos^{49,50}. Ou seja, só basta o nascimento para que cada pessoa seja titular da mesma dignidade e dos mesmos direitos.

E para que não houvesse dúvida de que o texto da DUDH tinha inspiração kantiana, a segunda parte do caput, do artigo inaugural, prescreve que os membros da família humana, dotados de razão e de consciência, devem agir uns com os outros em espírito de fraternidade, isto é, ter uma convivência calcada no reconhecimento e respeito recíprocos, como deve acontecer nos ambientes familiares.

A Declaração não se omitiu em considerar o homem no contexto social e até mesmo internacional em que se acha inserido, reconhecendo-lhe direito à segurança social a ser assegurada em comunhão de esforços entre o Estado e a comunidade internacional, de acordo com as condições financeiras de cada País, com vistas à concretização de seus direitos econômicos, sociais e culturais, condicionantes da realização de sua dignidade, como também, do livre desenvolvimento da personalidade, nos moldes do estatuído no art. 22.^{o51}.

O texto da DUDH atingiu notável alcance, passando a dignidade da pessoa humana a integrar textos oficiais do Direito Internacional dos Direitos Humanos para, em seguida, ingressar, de modo definitivo, na ordem constitucional de inúmeros Países, sob forte influência da Lei Federal de Bonn, no ano de 1949, que a recepcionou, de modo inédito, no art. 1º como princípio supremo e inviolável, conferindo ao Poder Público o dever de respeitá-la e protegê-la⁵².

A partir de, então, Países que se libertavam de regimes totalitários passaram a acolher o princípio em suas Leis Fundamentais. Seguindo essa tendência, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia igualmente albergou o princípio em seu texto⁵³.

Assim concebida, a dignidade da pessoa humana reúne três elementos compreendidos como constitutivos do Estado de direito contemporâneo, a saber, igual

⁴⁹ “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir para com os outros em espírito de fraternidade”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, [em linha].

⁵⁰ “(...) se quiséssemos formular, então, o último grande princípio da eticidade, oriunda da cultura ocidental, poder-se-ia dizer: qualquer homem tem igual direito à liberdade e dignidade”. CANOTILHO, J. J. Gomes – **Brancos e interconstitucionalidade**, p. 177.

⁵¹ Faz-se a ressalva que essa é a versão brasileira da tradução do texto original do art. 22.º, da DUDH, a qual inclui o livre desenvolvimento da personalidade, ao contrário da portuguesa que a ele não se refere, o que a fez receber a crítica formulada por Jorge Novais. NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 53.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 54.

⁵³ *Ibidem*.

dignidade, liberdade e autonomia da pessoa humana.⁵⁴ O sobreprincípio⁵⁵ da dignidade da pessoa humana guarda estreita relação com as noções de igualdade e universalidade, a significar igual dignidade e direitos fundamentais iguais para todos, banidos privilégios e quaisquer discriminações calcadas em características e atributos pessoais ou correlatas a pertencimento a um grupo, classe, ideologia, sexo, religião, raça ou etnia⁵⁶.

Importa destacar que a grande novidade que surge no cenário constitucional internacional é que a dignidade humana, guindada à condição de princípio jurídico, adquire força vinculativa e coloca no centro de seu enunciado a pessoa humana, concretamente considerada, livre e autônoma, instaurando-se a partir de, então, uma nova forma de relacionamento entre o Estado e o indivíduo⁵⁷.

Nesse contexto personicêntrico⁵⁸, toda a ação estatal é vinculada ao princípio e orienta-se pela ideia de primazia do indivíduo sobre o Estado, em quem repousa a legitimação da organização jurídica e política, na condição de fim e referência.

1.1.2. O fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana

Importa dispender esforços no sentido de identificar o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, numa perspectiva objetiva, como tal considerada a dignidade da humanidade, levando em conta a inexorável realidade do Estado de Direito como sociedade aberta, relegando a segundo plano a visão particular de cada um, do ponto de vista de suas convicções individuais, sensibilidades, crenças e vivências⁵⁹.

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 58.

⁵⁵ O termo sobreprincípio utilizado nesse parágrafo corresponde à aceção dada pelo STF no julgamento do RE 898.060 SC, a significar princípio supremo. Não há, portanto, correspondência com o sentido atribuído por Ávila para quem sobreprincípio são normas que estão por trás dos postulados aplicativos normativos, mas que, diferentemente destes, que atuam no nível metódico, situam-se no plano do objeto da aplicação. ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 164.

⁵⁶ Sófocles, na tragédia grega Antígona, formula um primoroso e impactante discurso em defesa da igual dignidade e contra a tirania. Antígona enfrenta o Rei Creonte para assegurar a Policine, o irmão morto, o direito ao sepultamento digno. Merece registro alguns pequenos trechos da tragédia: “Antígona: A lei dos Mortos é igual para todos; Creonte: Mas o mau não tem direitos iguais aos justos; Antígona: Quem sabe lá embaixo se terá este princípio por piedoso; Creonte: O inimigo, nem morto, será considerado justo. Antígona: Não fui gerada para odiar, mas para amar”. SÓFOCLES – **Antígona**, p. 38-39.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.**, p. 56.

⁵⁸ Conforme Canotilho e Moreira a dignidade da pessoa humana possui um valor próprio e uma dimensão normativa específica que alicerça o princípio antrópico e personicêntrico essencial a diversos direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol I**, p. 198. Significa, no dizer de Gouveia que na concepção da dignidade da pessoa humana, a pessoa está situada no centro da pauta de valores do ordenamento jurídico. GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional. Vol. II**, p. 802.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 47-48/57-59.

A relevância de desvendar as razões pelas quais a dignidade da pessoa humana é considerada um princípio constitucional supremo não é menor do que determinar seu conteúdo normativo autônomo de vez que sendo pilar do Estado de Direito, a identificação de seu sentido normativo, assegura um parâmetro de constitucionalidade dos atos do Estado ao qual compete respeitá-la, protegê-la e promovê-la⁶⁰.

Indiscutivelmente não são as características particulares de cada pessoa concreta, em meio à diversidade fantástica que caracteriza a espécie humana que serve de substrato sobre o qual se erige a ideia de universalidade e igual dignidade, de vez que atributos considerados superiores, inerentes à espécie humana, como por exemplo a racionalidade, são encontrados em menor ou maior grau numa pessoa e noutra⁶¹.

Ao reverso, é sobretudo o valor intrínseco advindo da pertença à espécie humana que confere atributos naturais a cada indivíduo, a despeito de tê-los ou não desenvolvido, essa a razão pela qual o princípio da dignidade da pessoa humana está plasmado em tantos textos constitucionais democráticos como alicerce do ordenamento jurídico, princípio supremo do Estado de Direito⁶².

O prestigiado jurista Jorge Novais⁶³, refletindo sobre a posição que o homem ocupa no cosmos contribui para o debate, acrescentando que a espécie humana é a única capaz de se destacar da natureza, ao que denomina capacidade de transcendência. Seguindo essa linha de raciocínio, considera o autor que os atributos naturais da espécie singularizam o homem como o único ser no reino animal capaz de adquirir consciência sobre si próprio, sua identidade, seu passado e bem assim projetar o futuro que considera ideal para si, como sujeito de sua própria vida.

Aduz que essa capacidade de se destacar da natureza habilita o homem a interferir nela em seu benefício, instrumentalizar outras espécies e, nos tempos contemporâneos, a agir sobre “o próprio padrão biológico do Homem e sobre o futuro da sua evolução como espécie”⁶⁴, a despertar debates éticos e legais da mais alta importância.

Essa particularidade recebe destaque na obra de Robert Clarke⁶⁵, para quem o galopante desenvolvimento da Biotecnologia conferiu ao homem a prodigiosa façanha de ser o

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 147-149.

⁶¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 103-105.

⁶² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 48.

⁶³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 51.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 51.

⁶⁵ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 13.

único produto da evolução capaz de modificar essa mesma evolução, com emprego de técnicas cada vez mais sofisticadas, para viabilizar o direito de formar uma prole.

A despeito da magnitude dessas razões, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana em Cartas constitucionais, tão-somente, traduz o reconhecimento social ou juízo de valor acerca da dignidade humana, sem, no entanto, realizar o preenchimento normativo do princípio e, tampouco, determinar seus efeitos jurídicos⁶⁶.

A busca do fundamento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, pressupõe responder à inquietante pergunta sobre o que seria responsável por alterar um juízo que considerasse indigno determinado comportamento, em certa época e em dado lugar e grupo social, e posteriormente passasse a considerá-lo digno. E tal questionamento é tanto mais importante quanto se considere que os atributos naturais da espécie são imutáveis, o que poderia manter inalterado para todo o sempre os padrões de dignidade⁶⁷.

Todavia esses paradigmas sofrem alterações, o que conduz à provável conclusão de que o sentido de dignidade humana vigente, em determinados contextos, encontra na justiça seu fundamento material, como defende Jorge Novais.⁶⁸ Essa ideia afigura-se em harmonia com o pensamento de Bobbio, para quem os direitos do homem são direitos históricos que nascem das lutas do homem no sentido de sua emancipação e do resultado das condições de vida que tais lutas acarretam.^{69,70}

Seria, portanto, o senso de justiça que surge e sofre influência de permanente interação social ensejadora de um processo evolutivo, que se torna mais acelerado, no âmbito de sociedades plurais e abertas, porque em mais frequentes transformações, o fator responsável por configurar o sentido normativo da dignidade humana prevalente em determinadas épocas e lugares⁷¹.

E nesse contexto, a interação social estaria pautada por parâmetros de empatia e reciprocidade moral⁷², que sintetizam a regra de ouro da convivência, a supor a capacidade de

⁶⁶ NOVAIS, Jorge – *Op. Cit.*, 64.

⁶⁷ *Idem* – *Op. Cit.*, p.63-64.

⁶⁸ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 60.

⁶⁹ Primorosa a observação de Miranda: “O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e destino. MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Vol. IV**, p. 182.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos**, p. 32.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 57-58

⁷² “Pode haver de fato diferenças consideráveis nas concepções de justiça dos cidadãos, contanto que essas concepções conduzam a juízos políticos semelhantes (...) Ambos os lados devem acreditar que, por mais diferentes que sejam suas concepções de justiça, suas visões defendem o mesmo juízo na situação em questão, e o fariam mesmo que suas situações respectivamente se intercambiassem (...) não é necessário haver um consenso estrito,

cada um de trocar de posição com o outro e, mais que isso, tornar-se sensível aos seus interesses e necessidades, assumindo responsabilidade pelo seu destino.

É ainda o sentido de justiça que permite não apenas reconhecer que os humanos por seus atributos peculiares estão capacitados para ser sujeito da sua vida, e como tal têm o direito a um estatuto de humanidade que lhes assegure um tratamento humano, mas também, identificar a igual dignidade que torna a todos os indivíduos merecedores do mesmo tratamento, porque independente de condições pessoais ou habilidades desenvolvidas, possuem em si a humanidade intrínseca⁷³.

1.1.3. A dupla perspectiva da dignidade humana protegida: a dignidade como integridade humana e como igual dignidade

O princípio da dignidade da pessoa humana, produto do avanço civilizatório, opera a proteção da pessoa humana, em dupla perspectiva, isto é, na condição de integridade humana e de igual dignidade, sendo imperioso em qualquer abordagem que se pretenda realizar a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, priorizar estabelecer o adequado significado de pessoa que o princípio visa a proteger⁷⁴.

Nessa nova ordem jurídica constituída sob a égide desse princípio, essa pessoa não é um ser ideal, mas antes disso, é a pessoa concreta, inserida na História, solidária, carecedora de ordenação social, em nada assemelhada à entidade abstrata, dos tempos do liberalismo oitocentista⁷⁵.

Essa a razão pela qual o princípio intitula-se princípio da dignidade da pessoa humana, em lugar de dignidade humana⁷⁶. Em outras palavras, o princípio atua na proteção de vítimas particulares contra violações atuais e individualizáveis que, de acordo com o sentido de justiça vigente no momento, reputam-se caracterizadoras de ultraje ou infâmia, que impõem desprezo à condição humana.

A dignidade da pessoa humana, no viés de integridade humana, leva em conta o respeito à humanidade intrínseca do ser humano, à capacidade de autodeterminação da pessoa, à vista de sua condição de ser dotado de identidade, consciente de seu passado e em plenas

pois com frequência, um certo grau de consenso sobreposto permitirá que se atenda à condição de reciprocidade.” RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**, p. 482-483.

⁷³ NOVAIS, Jorge – *Op. Cit.*, p. 65

⁷⁴ NOVAIS, Jorge – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 106.

⁷⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional. Vol. II**, p. 803.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 103.

condições de, por meio da razão, autodeterminar-se, tornando-se sujeito de sua própria vida. Significa mais, que os valores eleitos por cada pessoa são merecedores de igual respeito, descabidos juízos que importem em subjugação ou exclusão que não se coadunam com a igual dignidade de todos⁷⁷.

E é esse valor intrínseco que advém do pertencer à espécie humana que torna incapazes e doentes mentais, mesmo privados de autodeterminação por não terem desenvolvido as faculdades abstratamente atribuídas aos humanos, merecedores de igual dignidade, uma exigência que, ademais, provém do próprio sentido de justiça que empresta fundamento ao princípio⁷⁸.

Tampouco se compraz a proteção da integridade humana com qualquer interferência estatal, de vez que a partir da ordem jurídica fundada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, os interesses da pessoa individualizada, prevalecem sobre sua eventual posição como membro de qualquer entidade, até mesmo do Estado que se torna um instrumento a serviço das pessoas concretas e garantidor e promotor da dignidade, autonomia e bem estar. E é nesse sentido que se afirma, com tranquilidade, que embora possuindo uma dimensão comunitária, a dignidade de uma pessoa não poderá ser sacrificada em prol da comunidade⁷⁹.

O valor supremo da dignidade humana que habita em cada pessoa jamais admitirá que possa ser tratada como um objeto, instrumentalizada, ser um meio para exclusiva satisfação dos interesses de terceiros ou do próprio Estado, ainda que com isso venha a concordar, porque ela é um fim em si mesma e pelo fato de a dignidade ser irrenunciável, indisponível pela vontade de qualquer pessoa, ainda que seja seu titular⁸⁰.⁸¹

A fórmula do objeto, idealizada por Günther Dürig⁸², amplamente desenvolvida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, de indisfarçável inspiração kantiana, desponta como uma ferramenta de inestimável valor para averiguar eventual ofensa a dignidade humana que fulmine de inconstitucionalidade atos praticados pelos Poderes Públicos e particulares por

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis – *Op. Cit.*, p. 113-117.

⁷⁸ *Idem* – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 117.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. I**, p. 198-199.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ A literatura jurídica registra dois emblemáticos casos de indignidade consentida: o do canibal de Rotemburg, em que restou reconhecido o tratamento indigno por Tribunal alemão e condenado à prisão perpétua seu algoz, mesmo a vítima tendo consentido em se submeter à experiência de canibalismo e do arremesso de anão em que, a despeito de sua aquiescência de ser objeto de diversão dos frequentadores de casa noturna em Paris, o Conselho de Estado francês proibiu a prática, reputando-a afrontosa à ordem pública, em manifesta defesa da dignidade humana. SANDEL, Michael – **Justiça: o que é fazer a coisa certa**, p. 93-94; BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional**, p. 91.

⁸² DÜRIG, Günter *apud* SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 104.

dispensar a qualquer pessoa o tratamento de objeto, negando-lhe sua condição de sujeito de sua própria vida.

A fórmula representa, na atualidade, importante parâmetro de verificação de constitucionalidade utilizada por Tribunais de inúmeros Países, no enfrentamento de controvérsias envolvendo a dignidade da pessoa humana. Ela não busca definir o que constitucionalmente atende ao imperativo categórico de tratar uma pessoa como um fim em si mesmo, mas, tão-só, identificar situações em que o indivíduo, ao invés de ser considerado como sujeito autônomo, é destinatário de um tratamento objetificante e torna-se unicamente meio para a realização de terceiros, como se coisa fosse⁸³.

Significa dizer que, em lugar de conferir um preenchimento positivo ao conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, que poderia expô-lo à manipulação de várias índoles, ideológica, filosófica e confessional, por exemplo, opera no sentido contrário, na realização do preenchimento negativo de seu sentido normativo: identifica os comportamentos ofensivos à dignidade e, ao depois, elabora a norma da dignidade a partir da vedação do tratamento instrumentalizante⁸⁴.

No âmbito da procriação medicamente assistida a fórmula é de grande utilidade, de vez que, não raro a dignidade humana é invocada em sustentação a teses subjetivas, o que foi rechaçado pelo Tribunal Constitucional Português, no julgamento do Acórdão 225/2018, quando, então, sustentou aquela Corte que o princípio é destituído de densificação e que sua invocação direta não se presta àquele fim.⁸⁵

A igual dignidade de todos, reclama tratamento igualitário e impõe o reconhecimento e aceitação da diferença, impondo atuação pública, por meio de ações políticas positivas, inclusivas que estimulem a aceitação social das particularidades de cada um e dos grupos a que pertencem, assim como seu engajamento em segmento minoritário, no âmbito do qual concretizam o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade⁸⁶.

⁸³ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 119-120.

⁸⁴ Para Novais a hipótese de instrumentalização indignificante deve ser aferida à vista da “intenção subjacente ao acto, quanto ao contexto, as razões invocadas e os fins em vista”. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 124.

⁸⁵ Como refere Maria Lúcia Amaral, “o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (idêntico afinal de contas a um dos elementos da tradição do Estado de direito) que não chega a ter densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas” (...) É nesse quadro que o Tribunal Constitucional tem vindo concretizar a referida dimensão intrínseca da dignidade humana a partir de sua violação, reconhecendo um importante valor heurístico à chamada “fórmula do objeto” de Günter Dürig (a dignidade humana é atingida quando o ser humano em concreto é degradado [herabgewürdigt] a objeto, a um simples meio, a uma realidade substituível)”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão 225, de 24 de maio de 2018**, [em linha].

⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.**, p. 144.

A partir de tais pressupostos, qualquer ato que inflija humilhação ou discriminação que resulte em condição estigmatizante, que traduzam estratificação da dignidade, ao ponto de reduza a pessoa à condição de um ser inferior, que seja de uma grandeza tal, capaz de despertar sentimento de menos valia, caracteriza não uma mera violação ao princípio da igualdade, mas uma incontornável ofensa à dignidade da pessoa humana⁸⁷.

Ofende a dignidade da pessoa humana, nesse viés, discriminações que tenham por alvo posicionamentos sexuais, ideologia ou fé professadas, ou opções de vida feitas por uma pessoa relegadas a um patamar de inferioridade⁸⁸.

Também viola a igual dignidade discriminações que se fundam em preconceito social dirigido a determinados grupos, relacionados, exemplificativamente com sua ascendência, etnia, o que já se viu, com efeitos desastrosos, ao tempo do nacionalismo alemão que levou ao genocídio de mais de seis milhões de judeus. Em todos esses casos, impositivas ações estatais que eficientes na erradicação de condutas ou signos que fortaleçam a ideia de hierarquização da dignidade⁸⁹.

1.2. A visão pós-positivista de princípios

Importa antes de tudo uma breve reflexão acerca do significa dos princípios, recorrendo inicialmente à sua noção na Filosofia clássica em que eram considerados como o ponto de partida, o fundamento ou a causa em qualquer processo, tal como os concebiam Aristóteles e Anaximandro, cuja ideia é ampliada no pensamento aristotélico, em conformidade com o qual princípios significavam “a primeira coisa a partir da qual algo existe, vem a ser ou se torna conhecido”⁹⁰.

O filósofo iluminista Kant, no contexto de sua Filosofia moral, considera princípio como a máxima na qual a regra está contida, segundo a qual o indivíduo age, dentro de suas condições e a lei é concebida como o princípio objetivo, em consonância com a qual o sujeito racional deve agir. Em síntese, o princípio objetivo guarda relação com o imperativo categórico⁹¹.

No ambiente pós Segunda Guerra, sob impacto da barbárie do conflito mundial, começa a se desenhar um novo Direito Constitucional, sob inspiração da doutrina do pós-

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 146.

⁸⁸ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 232-233.

⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.**, p.146.

⁹⁰ NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules**, p. 23.

⁹¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 24.

positivismo jurídico que promove a reaproximação entre o direito e as noções de justiça e legitimidade das quais o positivismo houvera se afastado, a pretexto de uma tal cientificidade⁹².

Em matéria hermenêutica, essa nova doutrina, a qual se convencionou tratar por pós-positivismo jurídico, volta a atribuir relevância aos valores no processo interpretativo, reconhecendo-os como princípios, dotados de força normativa, e edifica uma teoria dos direitos humanos que tem na dignidade da pessoa humana sua espinha dorsal, que resulta consagrada nas constituições democráticas contemporâneas⁹³.

Os princípios enquanto normas jurídicas, na principiologia constitucional, não se confundem com os princípios gerais de direito, identificados não raro com o direito natural⁹⁴, parâmetros de integração da norma, de grande utilidade no preenchimento de lacunas, matéria afeta à teoria geral do direito, dizendo respeito na acepção de inúmeras ordens jurídicas a máximas cristalizadas na tradição jurídica ocidental, que têm forte ligação com o direito romano.

Em realidade, a partir dos estudos de Dworkin a dogmática constitucional foi conquistada pela principiologia, alcançando seu apogeu com a teoria de Alexy, em uma reconstrução da concepção do filósofo inglês. Sem pretender minimizar a contribuição doutrinária de outros pensadores, no âmbito desta Dissertação ater-se-ia a breves considerações acerca da contribuição anglo saxônica, legada por esses dois principais influenciadores dessa nova fase da teoria do direito e da Constituição⁹⁵.

1.2.1. A teoria de Dworkin: o tudo ou nada das regras em contraposição à dimensão de peso dos princípios

A teoria de Dworkin é desenvolvida em crítica ao Positivismo Jurídico, opondo-se nomeadamente à posição de Hart, para quem o direito possuía uma textura aberta, de modo que as situações não disciplinadas por regras jurídicas podiam ser decididas discricionariamente pelo juiz, não vinculado por qualquer padrão jurídico que não fossem regras⁹⁶.

⁹² BARROSO, Luís Roberto Barroso – **Curso de direito constitucional contemporâneo**, p. 281.

⁹³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 283-185.

⁹⁴ Venosa refere que “João Franzen de Lima (1977, v. 1:35) propõe o critério já coimado por Clóvis Beviláqua, invocando os famosos brocardos de Ulpiano ao expor os *iuris praecepta*, que podem resumir toda uma filosofia, em um plano global do Direito: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um aquilo que é seu. A invocação desses princípios pelo julgador, na lacuna da lei, ou mesmo em sua interpretação, constitui um ideal da mais alta justiça.” VENOSA, Sílvio de Savo – **Direito Civil: parte geral. Vol. I**, p. 43.

⁹⁵ NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules**, p. 50.

⁹⁶ NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules**, p. 50.

A ofensiva de Dworkin contra o Positivismo inicia por considerar que consiste em um modelo que, por se orientar apenas por um sistema de regras, não oferece solução adequada para os *hard cases*. Segundo o filósofo, que rejeita a discricionariedade positivista, nesses casos, torna-se indispensável recorrer a outros padrões como “princípios, políticas e outros tipos de padrões”⁹⁷, insurgindo-se contra o posicionamento positivista segundo o qual, princípios e políticas caracterizam padrões extrajurídicos, competindo a cada julgador escolhê-los, com base em seu poder discricionário, em conformidade com suas próprias luzes⁹⁸.

Sinteticamente, as regras operam no plano da validade, na base do tudo ou nada, a significar que, para cada caso concreto, existe apenas uma regra válida para ser aplicada como solução, isto é, um único padrão jurídico, posto que impossível reconhecer validade a dois juízos de dever-ser opostos⁹⁹.

De conseguinte, frente a um conflito entre regras, uma será invalidada e a regra a incidir e embasar a decisão deverá ser a que tem a função maior ou mais importante na regulação do comportamento, o que não significa lhe atribuir menor ou maior grau de importância enquanto integrante de um mesmo sistema de normas¹⁰⁰. Acrescenta o filósofo que determinado sistema jurídico, a exemplo do americano, poderá, ainda, estabelecer que a regra válida é a que se ampara nos princípios jurídicos mais importantes¹⁰¹.

Dworkin considera que quanto mais exceções estiverem previstas na regra, mais completos serão seus enunciados, o que implica numa correspondência imediata entre a ocorrência das condições e as consequências jurídicas. À vista disso, é possível afirmar que o sistema de regras Dworkiano importa duas dicotomias, a saber validade/ invalidade e regra/exceção e a inexorável correspondência entre “se-então”¹⁰².

Em muitas oportunidades, Dworkin refere-se de modo genérico a princípios, a designar qualquer tipo de padrão que não seja regra, denominação que abrange tanto os princípios em sentido estrito quanto as próprias políticas, concebidas por ele como um padrão que estatui um objetivo a ser atingido, geralmente de melhoria, no plano econômico, político ou social da comunidade¹⁰³. Em outras palavras, políticas são proposições que estabelecem objetivo¹⁰⁴.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**, p. 36.

⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 63.

⁹⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 43.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules**, p. 53.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**, p. 36

¹⁰⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 141.

Relativamente aos princípios, propriamente ditos, consistem em proposições que descrevem direitos^{105,106}. Defende Dworkin que princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, inerente ao seu próprio conceito. Como consectário disso, na hipótese de colisão entre eles, compete a quem vai dirimir o conflito levar em conta o peso relativo de cada um, prevalecendo o que possuir maior, jamais se cogitando de invalidade de algum deles. Em apertada síntese, conclui que princípios materializam um padrão a ser obedecido, porquanto traduzem uma “exigência de equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁰⁷, diferenciando-se das regras por questões de natureza lógica¹⁰⁸.

1.2.2. A reformulação teórica de Alexy: regras como razões definitivas e princípios como mandamentos de otimização

Alexy reformula a teoria dos princípios de Dworkin, a partir da experiência constitucional tedesca, em especial à luz da jurisprudência prevalente do Tribunal Constitucional alemão, nos idos de 1970. Em que pese essa particularidade, o modelo por ele concebido adquiriu foros de universalidade, transpondo fronteiras e sendo acolhida em diversas ordens jurídicas¹⁰⁹. De antemão, cabe registrar que eventuais críticas que mereça essa pretendida universalidade, não serão detalhadas no presente trabalho, sob pena de extrapolar os objetivos a que se propõe.

Vale iniciar mencionando que Alexy opõe-se à ideia de que as regras são sempre aplicadas nos termos do tudo ou nada como sustentava Dworkin, sob o fundamento de que nos ordenamentos jurídicos atuais, dada a sua complexidade, nem no plano teórico, é possível prever todas as exceções, o que demandaria, na medida em que um novo caso o exigisse, introduzir novas cláusulas de exceção. Assim acontece nas hipóteses das cláusulas de exceção introduzidas por força de um princípio¹¹⁰.

Refuta, ainda, essa tese como critério de distinção entre regras e princípios, argumentando que as regras somente são aplicáveis à base do tudo ou nada na finalização do

¹⁰⁵. DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**, p. 141.

¹⁰⁶ Conforme Ávila, princípios, propriamente ditos, não determinam a decisão, porém concentram fundamentos, impondo-se seu cotejamento com outros fundamentos, oriundos de outros princípios. ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 57.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald – *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁰⁸ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules**, p. 63.

¹¹⁰ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 104.

processo de concretização, quando, então, ocorrerá o processo de subsunção do fato à norma, que terá sido antecedido pela exclusão de todas as possíveis exceções relevantes¹¹¹.

Seguindo essa linha de raciocínio, considera Alexy ser possível a colisão *prima facie* entre duas regras, antes da concretização, de sorte que a prevalente a ser aplicada na solução do caso em exame, resultará de uma avaliação sob a perspectiva da dimensão de peso, sem que isso importe, forçosamente na invalidade de da outra¹¹². Posição assemelhada defende Ávila, para quem a determinação de prevalência que resulta em acolher uma regra ou uma exceção está relacionada com atribuição de peso.¹¹³

O filósofo alemão aprimora o conceito de princípios que constituem o alicerce de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, propondo as bases da distinção entre princípio e regra, diferenciação teórica reputada de capital importância no âmbito do estudo dos direitos fundamentais, visto que a falta de precisão na distinção entre eles, prejudica a discussão sobre a restrição de direitos fundamentais, interferindo na doutrina adequada acerca de colisões, a impactar na definição quanto ao papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico¹¹⁴.

Alexy considera que tanto princípio quanto regra são normas que estabelecem o que deve ser e, portanto, consistem em “razões para juízos concretos de dever-ser”¹¹⁵. Contudo, distinguem-se por serem espécies diferentes de norma, residindo o cerne de sua distinção no fato de que princípios são mandamentos de otimização, isto é, ordenam a realização de algo, na melhor medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas, condicionadas essas pelos princípios e regras em colisão.

Regras, por seu turno, são mandamentos definitivos, porquanto abrigam determinações em termos do que é possível no contexto fático e jurídico. Conclui que a distinção entre princípio e regra se enquadra em critério qualitativo¹¹⁶.

Ao contrário do que acontece no conflito de regras, em que, no mais das vezes, a decisão opera-se no plano da validade, de vez que inviável atribuir validade a dois juízos de dever-ser antagônicos, a colisão de princípios supõe, primeiramente, a existência de dois princípios válidos, impondo estabelecer à luz do caso concreto, qual deles possui maior peso e, por consequência precedência, de modo a afastar a aplicação do outro que, a despeito de ceder, permanece válido¹¹⁷.

¹¹¹ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 104.

¹¹² NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules**, p. 62.

¹¹³ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 46.

¹¹⁴ ALEXY, Robert – *Op. Cit.*, p. 86-90

¹¹⁵ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 87.

¹¹⁶ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 91.

¹¹⁷ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 94.

Em síntese, a relação de tensão entre princípios estabelece-se na dimensão de peso e são decididas à base do adequado sopesamento, de vez que no plano abstrato inexistente relação de precedência entre eles. À vista dessas considerações observa-se que princípios contêm sempre mandamentos *prima facie*, representam razões passíveis de serem afastadas por razões opostas¹¹⁸.

1.3. Dignidade da pessoa humana no contexto dos princípios estruturantes do estado democrático de direito

O princípio da dignidade da pessoa humana para que adquira sentido em um Estado de direito consubstancia-se por meio de uma gama de outros princípios constitucionais estruturantes, ainda que algumas vezes não expressos, que traduzem valores de acordo com os quais deve se pautar a nova relação entre Estado e indivíduo e, bem assim, entre particulares uns com os outros, haja vista que, para além de valor fundacional do Estado, o princípio consubstancia verdadeiro pilar axiológico da comunidade¹¹⁹.

Nesse passo, vale lembrar a lição de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, os quais, referindo-se especificamente à Constituição portuguesa, observam que, partindo do princípio de que a República tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, inexorável a conclusão de que a pessoa humana antecede a organização política, sendo verdadeiro sujeito das relações jurídico-sociais¹²⁰, assertiva essa que muito bem se aplica a qualquer outro ordenamento constitucional que se funde no princípio.

Na perspectiva da relação Estado-indivíduo, a legitimidade estatal só se realiza na medida em que seu agir está em conformidade com um conjunto de princípios, consagradores de valores e que operam como estruturas garantidoras da efetividade dos direitos fundamentais. Tais princípios, denominados estruturantes, conferem segurança de que a atuação do Estado tem como finalidade precípua proporcionar a todos as condições mínimas de bem-estar, autonomia e dignidade¹²¹.

¹¹⁸ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 94-96.

¹¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do Estado de Direito**, p. 25.

¹²⁰ Lapidar a observação de (Canotilho e Moreira, ao asseverar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como “linha decisiva de fronteira (valor-limite) contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana (escravatura, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios éticos)”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa comentada. Vol. I**, p. 198.

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do Estado de Direito**, p. 18-20.

Os princípios estruturantes têm sua gênese no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo possível asseverar que a dignidade da pessoa humana é o último fundamento material deles que opõem exigências, condicionamentos e limitações à ação do poder público que vise a restringir direitos fundamentais, viabilizando esse novo modelo de relacionamento entre Estado e indivíduo, forjado pela vinculatividade do princípio da dignidade da pessoa humana¹²².

Fornecem, portanto, padrões mínimos de controle de atuação dos poderes públicos, possibilitando, a partir disso, verificar a constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais que, porventura, venham a ser impostas aos indivíduos. Com precisão cirúrgica, observa Novais que “sem a intervenção dos princípios estruturantes os direitos fundamentais não seriam mais que tópicos de ponderação ou de apelos virtuosos à boa vontade do poder público”¹²³.

Os princípios estruturantes atuam em duas frentes: a primeira, identificando as razões que justificam a pretendida restrição de direitos fundamentais, com vistas a aferir sua legitimidade e a segunda, utilizada apenas se consideradas legítimas as razões, se as medidas restritivas não colidem com as exigências, condicionamentos e limites prescritos por eles próprios¹²⁴.

A tentativa de assegurar a maior objetividade possível à sindicância do ato de restrição a direitos fundamentais, torna de singular importância a análise dos subprincípios ou elementos desses princípios, especialmente se considerada a densidade que conferem ao controle jurisdicional¹²⁵.

1.3.1. A insuscetibilidade de ponderação dos princípios estruturantes de Estado de Direito

Os princípios estruturantes de Estado de Direito, em que pesem sejam tratados por princípios, não se sujeitam à ponderação, por serem o alicerce do Estado de Direito. Assim, não se prestam à ponderação com outros bens, princípios, direitos ou valores, porque são insuscetíveis de cedência, não se encaixando tipicamente na noção de norma-princípio concebida quer por Dworkin quer por Alexy¹²⁶. Em realidade, a denominação princípio é uma

¹²² NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do Estado de Direito**, p. 27

¹²³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 18.

¹²⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 19.

¹²⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes do Estado de Direito**, p. 20.

¹²⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 18.

impropriedade técnica, de vez que, por corresponderem às normas que dão sustentação ao Estado, são sempre prevalentes, vinculativos, sendo incogitável a ideia de cedência¹²⁷.

Contribui para o debate Ávila que defende a tese de que o princípio da igualdade e da proporcionalidade não se tratam de princípios, por não serem normas finalísticas, mas metódicas¹²⁸ que, ao invés de imporem a promoção de um fim, “estruturam a aplicação do dever de promover um fim”¹²⁹, estabelecendo modos de “raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”¹³⁰. Considera o autor que são em realidade postulados normativos aplicativos¹³¹, que se encontram em outro plano normativo, designando-os por normas de segundo grau ou metanormas¹³².

Na presente Dissertação apenas se enfrentará os dois princípios estruturantes que mais estreitamente se relacionam com o tema proposto, quais sejam: o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição de excesso e da proibição da proteção insuficiente, em homenagem à corrente majoritária, seguida pelo Tribunal Constitucional Português.

1.3.2. O princípio da igualdade como maior concretização do princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da igualdade é o que mais imediatamente realiza a dignidade da pessoa humana e não por outro motivo proclama o artigo 1.º da DUDH que todos os seres humanos são iguais em direitos e dignidade, reconhecendo em cada pessoa o valor intrínseco do ser humano. De igual forma, dentre todos os princípios é o mais presente e mais antigo nos textos constitucionais e o que se submeteu às mais profundas transformações¹³³.

Preservando sua vinculação à ideia de justiça, à eliminação de privilégio e à dignidade humana, em dois séculos de evolução, o princípio que, nos primeiros tempos do

¹²⁷ Em sentido contrário, Jorge Miranda sustenta ser possível a ponderação entre a dignidade de uma e de outra pessoa. MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 223. Seguindo o entendimento de Robert Alexy, para quem a ponderação é viável quando se tratar de dignidade humana, enquanto princípio, descartando essa possibilidade quando se tratar de regra. ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 113.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 165.

¹²⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 178.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ No julgamento da ADI 3510, o STF considerou o princípio da dignidade da pessoa humana um postulado normativo aplicativo ou uma metanorma, por estabelecer a maneira como outras normas devem ser aplicadas e em virtude de conferir significado aos direitos fundamentais”, nos termos da doutrina de Ávila. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **ADI 3510, de 29 de abril de 2008**, p. 41.

¹³² ÁVILA, Humberto – **Op. Cit.**, p. 177.

¹³³ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, p. 69.

constitucionalismo, sob a vigência do Estado liberal, reduzia-se à igualdade perante a lei, na atualidade, autoriza políticas de desequiparação, objetivando alcançar a igualdade material^{134, 135}.

No contexto do Estado social, o mito da generalidade e abstração da lei como critério de justiça ruiu ante a inexorável constatação de que em muitos casos, como obstáculo ao estabelecimento de diferenciações frente a desigualdades materiais, prestou-se, isso, sim, a legitimar e perpetuar severas injustiças e consagrar abusos de poderosos. A exigência passou a ser dispensar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.^{136, 137}

Pertinente, a propósito, a observação de Miranda¹³⁸ acerca da tendência em sociedades plurais, abertas e, em alguns casos, multiculturais de equilibrar não só os interesses particulares e os de grupos, como também, harmonizar a igualdade e direito à diferença. O filósofo americano Rawls¹³⁹ concebe dois princípios de justiça, o primeiro, o da igual liberdade e o segundo, o da diferença, referindo-se a esse último como correspondente a um significado natural de fraternidade que compreende as noções de amizade cívica e solidariedade social.

A partir dessa constatação, no cenário contemporâneo, a preocupação com a igualdade inicia-se no momento anterior à própria criação da lei, volta-se para seu conteúdo. Significa dizer que à partida, o princípio da igualdade é norma dirigida ao legislador, ao qual cabe editar a lei que atenda a esse imperativo, tratando a todos equanimemente, assegurando, desse modo, a igualdade material, do contrário, o princípio reduz-se a mero enunciado, vazio de sentido. Ao depois, o princípio orienta a aplicação da lei, impedindo interpretações que, sem justa causa, beneficiem uns e prejudiquem outros¹⁴⁰.

Impende lembrar que o princípio da igualdade não tem por destinatário apenas o poder público, mas é norma que vincula também os particulares em suas recíprocas relações, impondo proibições discriminatórias. Vem bem a propósito, a observação de Jorge Miranda, para quem “dignidade e igualdade são inseparáveis, seja entre as pessoas e o Estado, seja entre as pessoas como particulares”¹⁴¹.

¹³⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, p. 67-68.

¹³⁵ Abandonando o dogma liberal oitocentista de que a justiça e a liberdade são inerentes à lei oriunda do Parlamento que expressa a vontade geral, o princípio da igualdade não se representa mais, tão-somente, pelo lema todos são iguais perante a lei, em que pese esse postulado mínimo deva ser observado nos Estados de direito, como consectário lógico da igual dignidade de todos. Na igualdade formal daqueles tempos também imperava a máxima de aplicação da lei sem olhar a quem. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 69.

¹³⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 69-71.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 12.

¹³⁸ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 286.

¹³⁹ RAWLS, John – **Uma teoria da justiça**, p. 125-126.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 9-10.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 321.

Constituições democráticas, mundo afora, albergam o princípio da igualdade e a mesma trilha segue a Constituição portuguesa que contempla o princípio no art. 13.º, n.º 1 e a brasileira no art. 5.º, *caput*. Com total mérito, merece destaque a Carta portuguesa, cujo preceito é enriquecido pela bem inspirada associação entre dignidade social e igualdade perante a lei.

Analisando o princípio da igualdade, como posto na Constituição Portuguesa, Cristina Queiroz com argúcia, assevera que o art. 13.º, n.º 1, consubstancia uma cláusula geral de igualdade, enquanto o n.º 2 materializa uma cláusula específica ao vedar privilégios e discriminações arbitrárias, ou privação de direito, por motivo de ascendência, sexo, raça, língua (...), realizando uma aproximação com terminologia empregada no direito alemão¹⁴².

O princípio da igualdade exige que a lei somente estabeleça diferenciações à vista de justificativas racionais, de fundamento lógico que torne exigível a desequiparação, em consonância com valores constitucionalmente eleitos e em harmonia com ditames éticos que encontram guarida no ordenamento jurídico em vigor¹⁴³. De conseguinte, qualquer tratamento desigual fortuito ou injustificado que resulte na atribuição aleatória de regimes diferentes¹⁴⁴, divorciada de interesse público relevante, fere de morte o princípio da igualdade.

1.3.3. O princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente do Estado

A ideia de proporção permeia as relações humanas, não necessariamente vinculada ao aspecto quantitativo, mas associada a uma exigência de justiça¹⁴⁵.

O princípio da proporcionalidade projeta-se internacionalmente, a partir da DUDH que condiciona a limitação legal a direitos e liberdades, exclusivamente “às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar, duma sociedade democrática”, consoante estatui o art. 29, n.º 2 da Declaração¹⁴⁶.

¹⁴² QUEIROZ, Cristina – **Direitos fundamentais: teoria geral**, p. 131.

¹⁴³ “Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis.”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**, p. 18.

¹⁴⁴ “Pense-se no príncipe dos escritores igualitários, Rousseau: no Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, ele sustenta que a natureza fez os homens iguais e a civilização s tornou desiguais, em outras palavras, que a desigualdade entre os homens tem uma origem social e, por isso, o homem, voltando à natureza, pode retornar a igualdade. (...) em nome da igualdade natural o igualitário condena as desigualdades sociais, em nome da desigualdade natural o não igualitário condena a igualdade social”. BOBBIO, Norberto – **Elogio da serenidade: e outros escritos morais**, p. 112-113.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 323.

¹⁴⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 325.

A Carta Magna portuguesa é uma das que mais prestigia o princípio da proporcionalidade. O art. 18.º epígrafado “Força Jurídica”, atrela a possibilidade de restrição legal dos direitos, liberdades e garantias às hipóteses previstas em seu texto e na medida do necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela ordem constitucional (n.º 2). E nos casos extremos de estado de sítio ou de emergência, faz menção expressa ao princípio da proporcionalidade. Em outras palavras, o que pretende dizer o texto constitucional é que qualquer restrição a direitos ou liberdade deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade, norteador da discricionariedade legislativa.

O princípio da proporcionalidade tem se destacado como melhor parâmetro de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, apresentando-se, ademais como postulado estruturador da aplicação de princípios que, em situações concretas, se justapõem em virtude de um nexo de causalidade entre meio e fim¹⁴⁷.

Em se tratando de norma que estabelece desequilíbrio, por exemplo, significa dizer que deve se sujeitar a um juízo de proporcionalidade, por meio da aplicação de seus subprincípios: adequação que corresponde a um teste de racionalidade, visando a esclarecer se o meio é adequado para atingir ao fim supostamente legítimo visado; necessidade, relacionada a um teste de razoabilidade, em que se afere se o meio empregado não provoca exagerado sacrifício ao direito fundamental afetado e, por último, proporcionalidade em sentido estrito, em que importa indagar se o fim pretendido é tão importante a ponto de justificar a restrição imposta ao direito fundamental¹⁴⁸.

Predomina no Tribunal Constitucional português o entendimento de que o princípio da proporcionalidade em sentido lato equivale ao da proibição do excesso¹⁴⁹, posição coincidente com a adotada por Novais¹⁵⁰, igualmente por Canotilho¹⁵¹ e Maria Lúcia Amaral¹⁵²,

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, p. 205.

¹⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, p. 82.

¹⁴⁹ “(...) a Constituição portuguesa acolhe de forma expressa o princípio da proporcionalidade em diversas vertentes, o que inculca a conveniência de um tratamento amplo do mesmo, nomeadamente no quadro normativo de proibição do excesso. De resto, e como adiante resultará claro, a jurisprudência tende a reportar-se ora à “proibição do excesso”, ora à “proporcionalidade em sentido amplo”, sem estabelecer quaisquer distinções relevantes. MACHETE, Pedro; VIOLANTE, Teresa – **O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos tribunais europeus**, p. 12-13.

¹⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis – *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, p. 267.

¹⁵² Em Portugal, parte da doutrina, assim como da jurisprudência, tratam o princípio da proporcionalidade e o da proibição do excesso indistintamente. Alinhada com esse entendimento, encontra-se Maria Lúcia Amaral, para quem “quando falamos em proibição de excesso, ou em princípio da proporcionalidade em sentido lato, queremos significar essencialmente o seguinte. As decisões que o Estado toma, justamente pelo facto de não poderem ser nem ilimitadas nem arbitrarias, têm que ter, todas e cada uma delas, uma certa finalidade ou uma certa razão de ser.” AMARAL, Maria Lúcia *apud* MACHETE, Pedro; VIOLANTE, Teresa – **O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência constitucional, também em relação com a jurisprudência dos tribunais europeus**, p. 7.

configurando um “princípio geral de limitação do poder público”, conforme referido expressamente no Acórdão 187/2001.

Se por um lado o princípio da proporcionalidade no Direito português vem sendo identificado com o princípio da proibição de excesso, de outro, por alguns doutrinadores, o princípio da proibição da proteção insuficiente, recentemente identificado no Direito alemão, tem tido sua existência autônoma questionada, entendendo alguns juristas que é mera redundância, porquanto a verificação da proteção insuficiente poderia ser feita pelo mesmo processo de controle do princípio da proporcionalidade. Para os que se filiam a esse entendimento, a proibição de excesso e a proibição da proteção insuficiente seriam duas faces de uma mesma moeda¹⁵³.

Advoga em sentido contrário o prestigiado jurista Jorge Reis Novais¹⁵⁴, reconhecendo a autonomia normativa do princípio cuja aplicação é de grande valia, nas hipóteses de inconstitucionalidade por omissão ou cumprimento deficiente dos deveres de proteção e promoção de direitos fundamentais pelo Estado, que auxilia na identificação do nível de realização abaixo do qual se caracteriza a inconstitucionalidade.

O Tribunal Constitucional, por sua vez, tem posição prevalente no sentido de que o princípio da proibição de excesso e o da proibição da proteção insuficiente são verso e anverso de uma mesma página. Haveria, no primeiro caso, uma desproporcionalidade positiva e, no segundo, uma desproporcionalidade negativa, conforme já referido por Miranda¹⁵⁵. Ilustram o entendimento do Tribunal os Acórdão 75/2010¹⁵⁶ e 166/2010¹⁵⁷.

¹⁵³ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 331.

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, p. 183.

¹⁵⁵ MIRANDA, Jorge – *Op. Cit.*, p. 332.

¹⁵⁶ “(...) É no campo de valoração delimitado pela proibição do excesso e pela contraposta proibição de insuficiência que o legislador tem que exercer a sua competência de modelação da disciplina da interrupção voluntária da gravidez. Podendo optar por consagrar uma proteção superior ao mínimo que lhe é jurídico-constitucionalmente imposto, o legislador não pode ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso (em último termo, do princípio da proporcionalidade). Só serão constitucionalmente conformes as soluções que respeitem ambas as proibições. (...)” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 75, de 23 de fevereiro de 2010**, [em linha].

¹⁵⁷ “(...)Tal como do princípio do Estado de direito decorre o imperativo constitucional de proibição do excesso, também do mesmo princípio decorre a proibição da insuficiência ou do deficit: é tão censurável, para a perspectiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adote medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um dever de legislar em ordem a essa proteção ou realização.(...)” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão n.º 166, de 28 de abril de 2010**, [em linha].

1.4. A dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema de direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana concretiza-se e adquire densidade por meio das normas de direitos fundamentais¹⁵⁸. É indiscutivelmente o fundamento material de um elenco de direitos fundamentais aos quais compete a proteção de bens, interesses e valores, ainda que o texto constitucional que os consagra não se refira a ela de modo expresso¹⁵⁹.

Nesse sentido, afigura-se irretocável a compreensão de que o reconhecimento da dignidade, guinda a pessoa à condição de sujeito jurídico, enquanto atributo humano que exige igual titularidade de direitos fundamentais e, bem assim, igual capacidade jurídica para o desenvolvimento de sua personalidade, superando a ideia que seja um mero direito ou uma simples garantia jurídica, caracterizando-se por ser um autêntico direito a ter direitos.¹⁶⁰ Com total razão, assevera Miranda que os direitos, as liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos sociais e culturais comuns têm sua origem na dignidade da pessoa, sem qualquer distinção entre elas¹⁶¹, constituindo o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais.¹⁶²

É o princípio da dignidade da pessoa humana que outorga unidade de sentido de valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, responsável, outrossim, por orientar os limites de abertura e atualização do catálogo desses direitos, promovidos pela jurisprudência, em consonância com o sentido de justiça atual, principalmente nas Constituições que contêm cláusula aberta de direitos fundamentais, como é o caso da portuguesa, no art. 16.º, n.º 1 e da brasileira, que no §2.º, do art. 5.º, permite a ampliação do rol enumerativo nela contido.¹⁶³

Todavia, necessário é admitir que existem direitos fundamentais que estão mais fortemente ligados à dignidade da pessoa humana do que outros e tampouco se pode ignorar que o *status* constitucional outorgado pelo constituinte ao direito, pode resultar de circunstâncias meramente políticas, donde teriam constitucionalidade e fundamentalidade apenas formais¹⁶⁴. De qualquer sorte, é o fato de alguns direitos fundamentais serem mais próximos do que outros do princípio da dignidade da pessoa humana que torna viável a ponderação entre eles, nas hipóteses de colisão ou conflito.¹⁶⁵

¹⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 71.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da (pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 125.

¹⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 74.

¹⁶¹ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 221.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo – *Op. Cit.*, p. 99.

¹⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis – *Op. Cit.*, p. 79.

1.4.1. A ponderação como método de solução de colisão de direitos fundamentais: os limites aos limites e o núcleo essencial

Sem pretender se aprofundar na dogmática dos direitos fundamentais, que não comporta no contexto desse trabalho, imprescindível referir que a discussão acerca da restrição/limitação de direitos fundamentais é primeiramente um debate em torno de duas teorias: a Teoria interna e a externa.¹⁶⁶

A primeira considera que os direitos fundamentais são definitivos desde sua criação e possuem seus limites estabelecidos por eles próprios, denominados limites imanentes¹⁶⁷, constituindo, direito e limites uma unidade¹⁶⁸, e conteriam uma cláusula de comunidade, segundo a qual o limite do exercício de um direito é o respeito ao direito dos demais. De conseguinte, essa concepção não admite a possibilidade de restrição externa ao direito, a menos que esteja expressamente permitida pelo texto constitucional.¹⁶⁹

A Teoria externa, por seu turno, partindo da distinção entre direitos *prima facie* e direito definitivo, entende que o conteúdo protegido do direito fundamental não está pré-definido e que deve ser encontrado, realizando-se meticulosa averiguação quanto à possibilidade da norma constitucional de direito fundamental poder ser aplicada em determinada situação ou ser admitido o exercício do direito de um certo modo. Essa teoria é mais favorável à “reconstrução argumentativa das colisões de direito fundamental.”¹⁷⁰

O festejado jurista português Canotilho, posiciona-se no sentido de que os direitos fundamentais são sempre *prima facie* e que o domínio normativo de um direito é apenas um domínio potencial que somente se converte em atual, após avaliadas as condições que existem em concreto, tendo por base a harmonização de direitos, apurada a prevalência resultante do processo de ponderação.¹⁷¹

Releva considerar, portanto, que os direitos fundamentais não são absolutos e que além de poderem ser restringidos, tanto pelo próprio texto constitucional, quanto pelo legislador infraconstitucional autorizado pelo constituinte, por meio de cláusulas de reserva, é possível a sua limitação, mesmo que desprovidos de reserva, quando, em meio à colisão com

¹⁶⁶ SANTIAGO, Denny Menes – **As limitações aos direitos fundamentais**, p. 6.

¹⁶⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 8-9.

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da *apud* SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 408.

¹⁶⁹ SANTIAGO, Denny Menes – **Op. Cit.**, p. 18-19.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 408.

¹⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1273-1274.

outro direito ou bem jurídico, um deva ser sacrificado para a realização do outro. Cogita-se, nessas situações, da existência de uma cláusula geral imanente de ponderação.¹⁷²

Assim ocorre nas hipóteses em que a solução para a colisão é obtida com a utilização da técnica da ponderação ou sopesamento¹⁷³, preconizada por Alexy, aceita como a melhor ferramenta para resolução desses casos, dado que as normas de direitos fundamentais têm caráter principiológico¹⁷⁴. A ponderação proposta pelo jusfilósofo, vale-se do juízo de proporcionalidade e é levada a cabo no terceiro momento da aferição da proporcionalidade, a saber, na fase da proporcionalidade em sentido estrito.^{175, 176}

À vista de uma colisão de direitos fundamentais, importa definir o bem jurídico por ele protegido ou, em outras palavras, seu âmbito de proteção que, em hipótese alguma, pode ser confundido com o seu próprio fundamento último, isto é, a dignidade da pessoa humana.¹⁷⁷

Com efeito, é mister lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem seu conteúdo normativo autônomo, que não deve ser confundido com o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental, sob pena de invocação banalizadora, meramente retórica do princípio, cuja convocação deve estar restrita a casos de extrema gravidade, como reforço de argumentação, ou quando inexistente direito fundamental específico a proteger o interesse ameaçado de ofensa.¹⁷⁸

A determinação do âmbito de proteção, também denominado suporte fático dos direitos fundamentais, é de suma importância, pois produz reflexos na interpretação e concretização do direito, condiciona a viabilidade de serem impostas restrições, determina colisões e, de conseguinte, o sopesamento. Em síntese, determina a efetivação e a concretização da norma.¹⁷⁹

Mister ressaltar, no entanto, que a aplicação das normas de direito fundamental não deve se guiar pela simples invocação entusiasmada de um princípio, mas, ao reverso, ao

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 412.

¹⁷³ A par de indicar como objetivo da ponderação definir o interesse que, no caso concreto, tem maior peso, Alexy acrescenta: “Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto”. O jusfilósofo denomina lei do sopesamento a regra assim enunciada: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”. ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 101/167.

¹⁷⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 117.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang – **Op. Cit.**, p. 417.

¹⁷⁶ Veja-se a propósito, o emblemático caso Lebach, citado por Alexy, em que o direito de personalidade do condenado entrou em rota de colisão com o direito à informação da empresa de radiodifusão que pretendia veicular reportagem a respeito do crime cometido, de que resultou reconhecida a prevalência do direito de personalidade do preso, como resultado do processo de ponderação. ALEXY, Robert – **Op. Cit.**, p. 160.

¹⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 73.

¹⁷⁸ *Idem* – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 70-72.

¹⁷⁹ SANTIAGO, Denny Mendes – **As limitações aos direitos fundamentais**, p. 47.

intérprete compete construir critérios que viabilizem sua aplicação racional, atribuindo a importância devida a cada valor, densificado à luz do caso concreto, sem perder de vista a hierarquia axiológica consagrada pelo constituinte.¹⁸⁰

1.4.2. O limite aos limites e o núcleo essencial dos direitos fundamentais: a relevância dos princípios estruturantes de Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana nesse debate

O limite aos limites dos direitos fundamentais é questão de grande relevância, em meio a esse tema, e está relacionada ao respeito aos princípios estruturantes do Estado de Direito por meio dos quais, reitere-se, consubstancia-se a dignidade da pessoa humana. Pertinente a assertiva de Novais, no sentido de que “da dignidade da pessoa humana resulta também, indiretamente, a ilegitimidade de limitações à liberdade que, sem porem diretamente em causa o valor da independência moral do sujeito, a sua dignidade, constituam a imposição de restrições ou de sacrifícios desiguais, excessivos, desproporcionais, desrazoáveis na sua liberdade geral de ação autonomamente conformada”¹⁸¹.

Por fim, resta a enfrentar, nessa breve abordagem, o tema do núcleo essencial do direito fundamental, considerado esse como a barreira que, uma vez ultrapassada, retira a eficácia do direito fundamental, descaracterizando-o como tal. O patamar mínimo a que o direito fundamental pode ser reduzido, o limiar da cedência dele é, nada mais nada menos, do que ditado pela dignidade da pessoa humana. Em última análise, o conteúdo do direito fundamental possui um núcleo essencial, inviolável, expressão da dignidade da pessoa humana e que, por isso mesmo, é irreduzível¹⁸².

Essa noção é tanto mais importante quanto contenha um ordenamento constitucional tutela expressa desse conteúdo essencial, como é o caso da Carta Magna portuguesa que no art. 18, n.º 3.º, estatui a proibição de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias virem a diminuir a extensão ou alcance do conteúdo essencial de normas constitucionais. O Brasil, por seu turno, não tem disposição correspondente, limitando-se a considerar cláusulas pétreas direitos e garantias individuais, que não se sujeitam a modificação por emenda constitucional, nos termos prescritos no art. 60 § 4.º, da CF¹⁸³.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 413.

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 187.

¹⁸² *Idem* – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**, p. 190.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 422.

2. A FAMÍLIA REPERSONALIZADA E SEUS REFLEXOS NA UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

Existe uma tribo da África Ocidental onde a arte da verdadeira intimidade é fomentada antes mesmo do nascimento. Nessa tribo, o aniversário dessa criança não é contado a partir do seu nascimento físico, nem a partir de sua concepção, como em outras culturas primitivas. Para essa tribo, a data do nascimento é contada a partir da primeira vez em que a criança é um pensamento na mente da mãe. Consciente da intenção de ter um filho com determinado homem, a mãe sai de casa e se senta sozinha debaixo de uma árvore. Fica sentada, atenta, até ouvir a canção do filho que ela espera conceber. Quando ouve a canção, volta para o povoado e ensina ao pai, para que possam cantar juntos e, então fazem amor, convidando a criança a se juntar a eles. Depois que a criança é concebida, ela canta para o bebê em seu ventre. Depois ensina a canção para as velhas e parteiras da tribo, para que através do trabalho de parto e do milagroso momento do nascimento a criança seja recebida com essa canção.¹⁸⁴

A família é sabidamente um fenômeno social, universal, revelando pesquisas antropológicas que em quase todas as sociedades humanas, em que pesem as diferenças de hábitos sexuais e educativos, ela se faz presente. Recenseamento realizado a partir dos estudos iniciais de Heródoto que levou em conta ao redor de quatro a cinco mil sociedades mundo afora, permitiu concluir que em todas elas se identificava a família conjugal¹⁸⁵.

Ao longo dos séculos, a família passou por profundas transformações e sob o influxo de variáveis religiosa, política, econômica e procriacional assumiu diferentes funções no transcorrer da História. Se por um lado é correto afirmar que a família perdeu a feição da família tradicional que reunia numerosos membros sob a chefia do *pater*¹⁸⁶, não é menos verdade afirmar que, embora reduzida e estruturalmente modificada, ela se mantém exercendo importantes e fundamentais papéis na sociedade contemporânea.

¹⁸⁴ ORNISH, Dean – **Amor & sobrevivência: a base científica para o poder curativo da intimidade**, p. 146.

¹⁸⁵ ROUDINESCO, Elisabeth – **A família em desordem**, p. 13.

¹⁸⁶ A respeito da perda de poder do *pater*, asseveram Campos e Campos que o afastamento gradual da família do culto religioso e a perda das funções de proteção e justiça, o desaparecimento das funções econômicas e de assistência, levaram à diminuição da importância social da família, assim como à limitação dos poderes do seu chefe e, de conseguinte, à emancipação pessoal, econômica, social e política da mulher e da prole. CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez – **Lições de direito de família**, p. 54. Observam de forma lapidar os autores que os poderes do chefe de família sobre seus integrantes enfraqueceram-se ao ponto de passar “do poder de vida e de morte do “*pater*” romano, até ao poder-dever de educação dos filhos, em benefícios destes, vai uma longa distância.” *Idem* – **Op. Cit.**, p. 50.

2.1. Da família antiga à família contemporânea

No início dos tempos, no período da selvageria¹⁸⁷, os povos praticavam o heterismo e a regra era o direito materno e o casamento, por sua vez, era grupal¹⁸⁸, o que inviabilizava o estabelecimento da linhagem paterna, sendo a mulher a única progenitora identificável, essa a razão porque o clã era por ela dominado (ginecocracia). A esse momento da história da família, denominava Thomas Hobbes de estado de natureza, em que o poder de designar o pai era exclusivo da mãe, a quem cabia o direito de autoridade sobre o filho¹⁸⁹.

Segundo o antropólogo Johan Jakob Bachofen¹⁹⁰, à proporção que as condições econômicas de vida se desenvolviam e com o incremento da densidade populacional, na transição entre o estado selvagem e a barbárie, as mulheres passaram a se sentir oprimidas com o casamento grupal e o direito à castidade ou ao casamento temporário ou permanente com um único homem, passou a lhes parecer libertador.

A esse momento designa Hobbes de estado de aquisição¹⁹¹, em que a mulher transfere voluntariamente a soberania ao pai, como um súdito ao soberano, que passa a exercer a autoridade sobre o filho. O que era para se tornar um movimento de liberdade feminina, acabou convertendo-se em verdadeira “derrota do sexo feminino no plano da história mundial”¹⁹², porquanto o homem inaugurou uma autocracia, assenhoreou-se do comando da casa e transformou a mulher em verdadeira escrava, à mercê de seus desígnios e instrumento de reprodução.

A família de um par que caracteriza a época da barbárie, cede lugar à monogamia, ressalte-se, por muito tempo imposta apenas às mulheres, as quais, por muito tempo foram mantidas sob o poder do homem, para garantir a fidelidade e, conseqüentemente assegurar a paternidade da prole¹⁹³.

A família antiga (greco-romana) era uma verdadeira associação religiosa, o culto não era público, circunscrevendo-se aos domínios de determinada casa e o pai exercia o papel de sacerdote e não se sujeitava a nenhuma hierarquia. Cada deus só podia ser adorado por uma

¹⁸⁷ O antropólogo norte-americano Lewis Henry Morgan, adotando a teoria evolucionista, divide a Pré-História da humanidade em três períodos sucessivos, sendo eles, selvageria, barbárie e civilização. A selvageria inicia-se com o surgimento do homem; a arte na cerâmica é o marco inicial da barbárie; já a civilização tem início com a descoberta da escrita, por volta do ano 3.500 A.C. ENGELS, Friederich – **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, p. 31-35.

¹⁸⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 56.

¹⁸⁹ HOBBS, Thomas *apud* ROUDINESCO, Elisabeth – **A família em desordem**, p. 28.

¹⁹⁰ BACHOFEN, Johan Jakob *apud* ENGELS, Fredrich – **Op. Cit.**, p. 57.

¹⁹¹ HOBBS, Thomas *apud* ROUDINESCO, Elisabeth – **A família em desordem**, p. 28-29.

¹⁹² ENGELS, Fredrich – **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, p. 60.

¹⁹³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 57.

família¹⁹⁴, que possuía suas próprias cerimônias, seus hinos e orações, que se transformava em um segredo familiar o qual não podia ser revelado a qualquer estranho.

Nessa religião doméstica, o pai era intérprete e pontífice, e o responsável por transmiti-la às gerações por meio do filho homem¹⁹⁵. Em outras palavras, era de varão para varão que se transmitia a religião doméstica, atrelada à ideia de que era o homem que detinha o poder da reprodução. A função de pontífice era eminentemente masculina e nem pela morte do marido, a viúva poderia assumi-la.

Essa religião primitiva, com esses dogmas e crenças, restrita aos ambientes domésticos, forjou a constituição da família greco-romana, de índole patriarcal, amalgamada pela religião do fogo sagrado¹⁹⁶ e dos antepassados, em lugar dos laços de sangue ou do natural afeto. Era a religião que unia de tal forma a família que ela se tornava um só corpo nesta e na outra vida¹⁹⁷. E como conseqüência disso, o filho que renunciasse ao culto familiar, perdia a consideração da família e o direito à sucessão. De outra banda, o filho adotivo, inobstante a ausência de laços de sangue, seria considerado como filho verdadeiro, caso tivesse a comunhão de culto¹⁹⁸.

A família em Roma clássica era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política de caráter nitidamente patriarcal, organizada sob a chefia do pai que titulava, com exclusividade, o pátrio poder e, por consequência, exercia o comando de toda a comunidade familiar, enquanto vivo fosse. A ele também pertenciam os bens materiais. Uma vez falecido, o poder que detinha, não se transferia à mulher, mas, sim, ao primogênito ou outro homem, integrante do grupo familiar¹⁹⁹.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o casamento romano clássico, constituía-se à base do consenso, embora dispensasse ato formal para que ganhasse existência e durava enquanto persistisse a consensualidade que, uma vez extinta, acarretava a dissolução do vínculo conjugal. O consenso continuado era, pois, pressuposto para o reconhecimento da vigência do casamento, sintetizando essa condição a fórmula romana *consensus facit nuptias*²⁰⁰.

¹⁹⁴ COULANGES, Fustel – **A Cidade Antiga**, p. 43.

¹⁹⁵ “O pai ao dar vida ao filho, dava ao mesmo tempo sua fé, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre, de pronunciar fórmulas de oração”. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 49.

¹⁹⁶ A demonstrar a importância do fogo nesse formato de família, refere Coulanges que em grego antigo família recebia a designação de epístion, “palavra que significa literalmente aquilo que está perto do fogo”. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 54.

¹⁹⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 53.

¹⁹⁸ COULANGES, Fustel – **A Cidade Antiga**, p. 53.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, Mariana Brasil – **A família: conceito e evolução histórica e sua importância**, p. 02-03.

¹⁹⁹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito da Família**, p. 77.

²⁰⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 73.

Desde o nascimento das primeiras comunidades cristãs, era inquestionável que as Sagradas Escrituras²⁰¹ já prescreviam que o casamento era indissolúvel, numa associação entre o matrimônio e a união de Cristo à Igreja, mas foi somente no século XII que o matrimônio foi definido como sacramento, encarregando-se o Concílio de Trento, a partir do século XIII, de definir as normas jurídicas que o regulamentavam, em união entre o poder civil e teocrático.

Sacralizado o casamento, sua função primordial era a procriação, a justificar o encontro carnal entre cônjuges, sem que a fruição dos prazeres físicos, não se revestisse do pecado da concupiscência²⁰².

A qualidade de sacramento do casamento passa a sofrer ataque pelo movimento protestante e outros, de índole laica, que também se opunham a sua indissolubilidade, oportunizando espaço para o debate sobre o divórcio. Não era propriamente uma agressão à família como instituição social, mas, à família, enquanto instituição religiosa²⁰³.

Tais movimentos, entretanto, num contexto mundial, somente obtiveram algum êxito, a partir do século XIX, quando se inicia o resgate da jurisdição civil do casamento, a aceitação gradual do divórcio, num processo de laicização da família, embora somente em meados do século XX, a estrutura hierárquica da família haja se modificado, com admissão do divórcio, mantendo-se sob a dominação paterna²⁰⁴.

No período pré-industrial, a família era composta de numerosos membros e reunia sob o mesmo teto, por vezes, três gerações: os proprietários da casa, os pais, o primogênito, a quem tocava a herança, e com ele sua mulher e filhos; assim como os filhos mais novos, solteiros²⁰⁵. A família organizava-se àquele tempo como uma autêntica unidade de produção em que todos os membros estavam engajados, na condição de trabalhadores associados, exercendo uma importante função econômica.

A família, enquanto forma preponderante de organização do trabalho, importava a divisão do trabalho que centralizava no homem o papel de chefe da família, ao qual os demais membros estavam subordinados e, nesse contexto, a perspectiva de emancipação da mulher e dos filhos era praticamente nenhuma, de vez que cada um deles era peça de uma engrenagem, substituída quando faltava. Assim, o homem vindo a ficar viúvo, teria que se casar com outra

²⁰¹ “...quanto às pessoas casadas eis o que ordeno, não eu, mas o Senhor: que a mulher não se separe do seu marido- em caso de separação que não volte a casar, que se reconcilie com o seu marido, e que o marido não repudie sua mulher.” I EPISTOLA AOS CORINTIOS *In* BÍBLIA Sagrada, cap. 7, vers. 10-11.

²⁰² CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito da Família**, p. 77.

²⁰³ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito da Família**, p. 89.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 44-45.

mulher para que a nova esposa assumisse as funções da anterior, como também o filho teria que contrair matrimônio com alguém que se dispusesse a realizar um trabalho pré-definido²⁰⁶.

A partir da Revolução Industrial, estimulada pela corrida a postos de trabalho em unidades fabris, um considerável número de famílias migra para os centros urbanos, deixando de ser uma unidade produtiva para se tornar uma unidade de consumo, limitando-se aos serviços domésticos. A divisão social do trabalho, por sua vez, importou na transformação dos integrantes das famílias em trabalhadores assalariados independentes²⁰⁷.

Inicia-se uma significativa transformação no ambiente familiar, na medida em que cada um dos seus integrantes passou a assumir uma atividade produtiva em unidades não-familiares, obtendo seu próprio salário, em condições de organizar sua vida pessoal, rompendo com o vínculo de subordinação entre filhos e pais, com consideráveis repercussões na relação entre marido e mulher, todos até então, dependentes do patrimônio familiar²⁰⁸.

Como conseqüência dessas novas condições, a família, outrora alargada, sofreu uma redução no seu quantitativo, convertendo-se na família nuclear ou celular, constituída de pais e filhos²⁰⁹. Por outro lado, paulatinamente, a função reprodutiva da mulher foi sendo impactada, pois as sucessivas gestações e subsequente tempo de afastamento para cuidar da prole era incompatível com as exigências dessa nova conjuntura econômica, o que ocasionou uma redução na taxa de natalidade²¹⁰.

Desde o surgimento do Estado democrático de direito, o mundo ocidental testemunhou uma profunda mudança na estrutura da família, operando-se a transição da família patriarcal, patrimonialista, para a família repersonalizada, sob a regência do princípio da dignidade da pessoa humana, de natureza igualitária, por imperativo do postulado da igualdade, e que privilegia valores existenciais em detrimento dos patrimoniais.²¹¹

²⁰⁶ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito da Família**, p. 54.

²⁰⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 51.

²⁰⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito da Família**, p. 54-55.

²⁰⁹ O insigne jurista Rolf Madaleno, ao analisar a família constitucionalizada que sucede o modelo patriarcal de antes, observa que “união e célula familiar são instrumentos de alcance da felicidade e da realização pessoal de cada componente do cada vez mais reduzido núcleo familiar. MADALENO, Rolf – **Direito de Família**, p. 138-139.

²¹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Op. Cit.**, p.52-54.

²¹¹ LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Vol. V: famílias**, p. 20-25.

2.1.1. A família como *locus* de realização da pessoa: a democratização da família e o princípio da igualdade familiar

A família contemporânea que se estabelece desde então, sob o signo da dignidade da pessoa humana, é notadamente igualitária, tanto no que se refere às relações entre os cônjuges ou companheiros²¹², quanto no que diz respeito aos direitos e deveres de cada um em relação a sua prole²¹³, havendo certa similitude no tratamento constitucional conferido por Portugal e Brasil a esses temas.

Importa registrar que os avanços legislativos determinantes dessa igualdade entre cônjuges ou companheiros, no ambiente familiar de que compartilham, devem-se em larga medida ao movimento de emancipação feminina²¹⁴, que descortinou a inexorável realidade de que não são as desigualdades naturais existentes entre um e outro sexo a razão do preconceito que recai sobre a mulher, ainda em parte existente, mas, ao contrário, a causa dele radica em desigualdade de origem social²¹⁵.

No âmbito das filiações, à luz desses novos valores e guiado pelo princípio alicerçador da nova ordem constitucional, erradicou-se a estratificação entre as filiações, calcada na ideia de superioridade das que eram oriundas do casamento, em que repousava a ideia de legitimidade. Proibidas as odiosas e discriminatórias designações entre filhos legítimos e ilegítimos que tanto preconceito produziu, consagrou-se a igualdade entre as filiações²¹⁶.

A família converte-se, sobretudo, no *locus* de realização da pessoa²¹⁷, o ambiente propício para o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus integrantes, na busca da felicidade individual²¹⁸. É também com muita ênfase destacado no Direito brasileiro²¹⁹ que é o espaço marcado pela afetividade e solidariedade entre seus membros²²⁰.

²¹² CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, art. 36.º, n.º 1 e 3; CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, art. 5.º.

²¹³ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, art. 36.º, n.º 3 e 5.

²¹⁴ A luta pela emancipação feminina é considerada por Bobbio a única revolução desses tempos, dados os seus expressivos resultados na erradicação desse injustificado preconceito, que apesar de se caracterizar como preconceito coletivo, sequer representa discriminação contra uma minoria, mas nada menos do que uma violência contra um grupo que representa cinquenta por cento do gênero humano. BOBBIO, Norberto – **Elogio da serenidade: e outros escritos morais**, p. 115-116.

²¹⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 115-116.

²¹⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, art. 36.º, n.º 4 e art. 227, parágrafo 6.º.

²¹⁷ LÔBO, Paulo – **Direito Civil: famílias. Vol. V: famílias**, p. 58.

²¹⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito da Família**, p. 55.

²¹⁹ A tal ponto que obra recente define o afeto como postulado normativo aplicativo, que confere estrutura à aplicação das normas do Direito da Família, sejam regras ou princípios, conforme defendem Farias e Rosa. FARIAS, Cristiano; ROSA, Conrado – **Teoria geral do afeto**, p. 151.

²²⁰ Acerca da importância da solidariedade no âmbito das relações familiares, com precisão cirúrgica assevera o insigne Madaleno: “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses

2.1.2. Os novos tempos e seus efeitos sobre as uniões resultantes do casamento e união de facto

A democratização do espaço público provocou também a democratização da vida pessoal, em que a autonomia, segundo Anthony Giddens, corresponde à “realização bem-sucedida do projeto reflexivo do eu- a condição de se relacionar com outras pessoas de modo igualitário”²²¹, a admitir o respeito pelo outro, pela sua capacidade, em um contexto em que o desenvolvimento de suas potencialidades não se constitua em ameaça.

No ambiente da família humanizada, convertida em espaço de realização existencial e afetivo da pessoa humana, para o jurista português Corte Real, em certo sentido, no Direito de Família, o papel do Estado já não é mais interferir no seu feitiço, quando se trata de relação entre os iguais, mas, sim, assegurar a autonomia e a intimidade da vida familiar, concluindo o autor que “Não é admissível que a vivência familiar possa ser imposta e não fruída”²²².

Vale nesse passo pontuar que jamais se poderia conceber que a presença do Estado estivesse inteiramente afastada das relações familiares, mas, ao reverso, é imprescindível e obrigatória, em face de conflito entre os interesses de crianças e de seus pais, em que há uma inegável desigualdade de forças em desfavor do infante, que se coloca nesses casos, em condições de vulnerabilidade. São situações que exigem o afastamento da “vontade onipotente do sujeito”²²³, abrindo espaço para a intervenção estatal, com vistas à tutela prioritária de seus interesses.

No âmbito do Direito Português, com o advento da Constituição democrática de 1976, paulatinamente, verificou-se um fenômeno digno de registro: o casamento tido como um negócio jurídico que consubstancia uma manifestação do desejo de vinculação jurídica dos cônjuges e, nessa condição, regido por um estatuto negocial, ingressou numa fase, definida por Coelho, como de gradual “desregulação ou deslegalização.”²²⁴.

Segundo o renomado jurista, a ampliação da autonomia atribuída ao casal outorgou ao instituto um perfil que muito se aproxima da união de facto, porquanto tornou-se

vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.” MADALENO, Rolf – **Direito de Família**. p. 94.

²²¹ GIDDENS, Anthony; LOPES, Magda – **A transformação da intimidade: Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**, p. 206.

²²² CORTE REAL, Carlos Pamplona – Relance crítico sobre o Direito de Família Português. In OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 108.

²²³ CAMPOS, Diogo Leite de – A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 80.

²²⁴ COELHO, Francisco Brito Pereira – Os pactos no casamento e o direito na união de facto. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Op. Cit.**, p. 85.

menos vinculativo, em nível de efeitos pessoais, e mais vulnerável ante à facilidade de sua dissolução, prescindindo, inclusive, da discussão de culpa pelo descumprimento dos deveres conjugais. Arremata o jurista que o casamento assumiu a feição predominantemente de um contrato sucessório, dada a gama de direitos sucessórios conferidos ao cônjuge supérstite²²⁵.

O processo de dessacralização do casamento é muito bem observado pela psicanalista Roudinesco para quem o casamento “perdeu efetivamente sua força simbólica à medida que aumentava o número de divórcios”²²⁶, deixando de ser um ato fundante da família para se tornar um contrato com certo grau de durabilidade entre duas pessoas.

De outra banda, a união de facto, antes vista como uma mera situação de fato, resultante da convivência em condições análogas a dos cônjuges, sem o desiderato da constituição de um vínculo jurídico e, por consequência, insuscetível de consubstanciar fato gerador de efeitos jurídicos e obrigações entre os membros do par, foi sendo gradualmente reconhecida como fato capaz de produzir efeitos, como também merecedora da proteção legal, atualmente conferida pela Lei da União de Facto, Lei n.º 7 de 2001²²⁷.

Apesar desses avanços e da estreita aproximação feita pelo legislador lusitano entre casamento e união de facto, no direito português, ainda não é incontroversa a ideia de que a união de facto configura um núcleo familiar, o que desde o advento da atual CRP, a grosso modo, pode-se dizer que divide as opiniões de constitucionalistas e civilistas, à vista do sentido do art.36, da Carta Constitucional Portuguesa²²⁸.

No Direito brasileiro, dada a eloquência do constituinte, não há qualquer dúvida de que a união estável configura entidade familiar, de vez que é literal a dicção do art. 226, §3.º da CF de 1988²²⁹ que impõe ao Estado o dever de protegê-la enquanto tal e de, inclusive, facilitar sua conversão em casamento, em sendo do interesse dos companheiros.

²²⁵ COELHO, Francisco Brito Pereira – Os pactos no casamento e o direito na união de facto. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 85.

²²⁶ ROUDINESCO, Elisabeth – **A família em desordem**, p. 153.

²²⁷ LEI n.º 07, de 11 de maio de 2001, p. 2797-2798.

²²⁸ Art 36. “Todos têm o direito de constituir família e contrair casamento em condições de plena igualdade.” O dispositivo constitucional mereceu exame de Canotilho e Moreira, os quais comungam do entendimento de que a Carta constitucional não acolheu uma visão reducionista de família, restringindo-a às hipóteses de “famílias matrimonializadas”. Consoante os prestigiados publicistas, a concepção constitucional de família inclui as formadas a partir de uniões de fato as quais a lei assegura proteção, mesmo não sendo atribuído a seus integrantes a condição de cônjuges. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol I**, p. 561. No mesmo sentido posiciona-se Miranda e Medeiros, para os quais a aposição em primeiro plano de “constituir família”, em inversão à fórmula tradicional “direito de casar e constituir família”, consagrada no art. 16 n.º 1, da DUDH, torna indubitoso que o texto constitucional considerou a pluralidade e diversidade das relações familiares. MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui – **Constituição Portuguesa anotada. Vol I**, p. 400-401.

²²⁹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, art. 226.º, par. 3.º.

O respeito à autonomia do sujeito de se constituir livremente, sem interferência de terceiros, como manifestação da dignidade da pessoa humana, mesmo sendo esse terceiro o próprio Estado, despertou a necessidade de respeito pelas uniões entre pessoas do mesmo sexo e de lhes garantir proteção estatal, até então, restritas, às constituídas entre pessoas de sexos diferentes. O passo seguinte foi a admissão do casamento entre pessoas de igual sexo, iniciativa essa que, no contexto global, é creditada à Holanda, no ano de 2001.²³⁰

Nesse ponto, digno de encômios o legislador português que se encarregou de incluir no ordenamento jurídico solução normativa, tanto para as uniões de facto entre pessoas do mesmo sexo como para o casamento, viabilizado com o advento da Lei n.º 9, de 31 de maio de 2010²³¹. Outro progresso digno de nota foi a alteração levada a efeito nesse diploma legal, em 2016, que tornou possível a adoção por pessoa casada com cônjuge de igual sexo (art. 3.º, n.º 1).

No Brasil, ao contrário, o legislador ficou inerte e as uniões homoafetivas e casamento entre pessoas do mesmo sexo somente se tornou possível, graças ao providencial julgamento da ADI 4277²³², em que em interpretação conforme a constituição, o Supremo Tribunal Federal considerou que as normas protetivas da união estável havidas entre pessoas de sexos distintos, alcançam as de igual sexo.²³³

Embora transcorridos mais de 10 anos desde esse emblemático julgamento, inexistente legislação infraconstitucional acerca desses temas, que seguem sendo regulados por normas emanadas do Conselho Nacional de Justiça, mas sempre assegurando a essas uniões e seus membros os mesmos direitos conferidos a pessoas casadas ou conviventes, de sexos opostos.

2.1.2. As crianças alçadas à posição de sujeitos de direito

A resignificação do Direito, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de reservar um olhar cuidadoso às crianças, que nessa nova

²³⁰ DIAS, Maria Berenice – **União homoafetiva**, p. 67

²³¹ LEI n.º 9, de 31 de maio de 2010, [em linha].

²³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Acórdão proferido no ADI 4277, de 05 de maio de 2011**, [em linha].

²³³ A decisão histórica teve como relator o ex-ministro do STF, Ayres Britto, cujo voto impecável, estribou-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, manifestando sua veia poética ao pronunciar que “não se pode separar por um parágrafo o que a vida uniu pelo afeto”. Fazia Sua Excelência referência ao §3º, do artigo 226º, da Constituição Federal que reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, atribuindo-lhe o status de família.

estrutura familiar democrática, já não é um mero prolongamento de seus pais, objeto de seus desígnios ou parte de suas posses.

Orientado por esse princípio supremo, diversos documentos normativos foram produzidos em âmbito internacional, visando à proteção de minorias vulneráveis, merecendo destaque, por pertinente com essa causa, referir a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança²³⁴, que outorgou a crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direito, amparados por um sistema de direitos humanos com a especificidade de que leva em conta a condição de crianças e adolescentes como pessoa em desenvolvimento²³⁵.

A doutrina da proteção integral, assim denominado esse sistema de direitos humanos, é composta por uma gama de princípios, inspiradores de direitos conferidos à população infanto-juvenil, cuja observância requer prioridade absoluta, impondo que a resolução de conflitos de interesses relativos a crianças e adolescentes, seja orientada pelo melhor interesse, conforme estatui o art. 3º.1, do texto convencional.^{236,237,238}

A definição de melhor interesse guarda relação com a satisfação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente que deve servir de norte para o legislador²³⁹. O maior desafio na utilização desse princípio é identificar em um caso concreto que medida realiza melhor o superior interesse da criança, o que em inúmeras situações, impescinde de uma abordagem transdisciplinar, com vistas à adequada avaliação da complexidade do problema²⁴⁰.

Significa dizer que constitui direito personalíssimo da população infanto-juvenil, a aplicação do princípio do melhor interesse nas questões que lhes forem afetas em precedência sobre os interesses de seus próprios pais e do Estado, o que lhes eleva à condição de sujeitos de direito e pessoa em formação, representando, mais, o reconhecimento de que possuem a sua individual dignidade humana, o que exclui qualquer possibilidade de quem sejam tratados como

²³⁴ CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança, [em linha].

²³⁵ VIEIRA, Marcelo de Mello – **Direito de crianças e adolescentes à convivência familiar**, p. 50.

²³⁶ “Art 3º 1. Todas as ações relativas a criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, *primordialmente o melhor interesse* da criança.” (grifo nosso).

²³⁷ A Convenção sobre os Direitos da Criança foi o instrumento de direitos humanos mais ratificado até hoje, contando com a ratificação de 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção, mas sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento. CONVENÇÃO sobre os direitos da criança, [em linha].

²³⁸ O Art 3.º do Children Act que remonta a 1989 estatui que os juízes devem ter em conta os desejos e sentimentos das crianças, avaliados sob o prisma da idade e do discernimento, suas necessidades físicas, emocionais e educacionais, assim como as repercussões resultante das mudanças, dentre outros fatores.

²³⁹ VIEIRA, Marcelo de Mello – **Direito de crianças e adolescentes à convivência familiar**, p. 69.

²⁴⁰ LAURIA, Flávio *apud* VIEIRA, Marcelo Vieira de – **Op. Cit.**, p. 73.

simples objetos, usados para satisfazer interesses de terceiros, ainda que esses sejam de seus próprios pais²⁴¹.

Em decorrência disso, o poder familiar²⁴², nesse novo ambiente, tem um perfil filhocêntrico, no sentido de que é um mero instrumento para realização dos direitos fundamentais da prole. Não por outro motivo, parte da doutrina brasileira inclina-se a utilizar a expressão autoridade parental, cunhada por Paulo Lôbo²⁴³, em lugar de poder familiar, valendo-se de terminologia adotada pela Lei da Alienação Parental²⁴⁴, de vez que não se trata propriamente de um direito subjetivo dos pais ou um direito potestativo da família de interferir na esfera jurídica dos filhos, a que corresponderia a passiva sujeição destes últimos²⁴⁵.

A CRP consagra a adoção da doutrina da proteção integral no art. 69.º, n. 1 e 2, estabelecendo como direito fundamental das crianças a proteção da sociedade e do Estado, visando ao seu desenvolvimento integral e com vistas a deixá-las a salvo de abandono, discriminação e de opressão e contra abusos praticados no ambiente familiar e em qualquer instituição.

Recepcionada pelo Direito interno brasileiro, é no art. 227.º, da Constituição Federal que a doutrina da proteção integral encontra-se cristalizada, preconizando o citado dispositivo: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração violência, crueldade e opressão.”²⁴⁶.

Em sede infraconstitucional, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069, de julho de 1990) é o marco legal e regulatório do sistema de direitos humanos do segmento infanto-juvenil que, por meio de seu conjunto normativo, atribui-lhes garantias

²⁴¹ VIEIRA, Marcelo de Mello – **Direito de crianças e adolescentes à convivência familiar**, p. 70-71.

²⁴² LEI n.º 13.105, de 16 de março de 2015, [em linha].

²⁴³ LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Vol. V: famílias**, p. 303.

²⁴⁴ “Art. 3.º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”. LEI n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.

²⁴⁵ A respeito do tema importa mencionar Tepedino para quem procede a crítica de parte da doutrina pelas referências a pátrio poder e poder familiar, considerando que autoridade parental está melhor adequada a um múnus, que vai além do interesse pessoal, numa visão dinâmica e dialética de seu exercício, de vez que os filhos “os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental”, sugerindo a realização recíproca de interesses de filhos e pais. TEPEDINO, Gustavo – **A disciplina da guarda e a autoridade parental na Ordem Civil-Constitucional**, p. 4.

²⁴⁶ Em homenagem à doutrina da proteção integral, a CF de 1988 veda o trabalho para menores de 16 anos e a partir dessa idade até os 18 anos estatui a proibição de trabalho noturno, insalubre e perigoso (art. 5.º, XXXIII). A CRP, de seu turno, institui a proibição de trabalho a crianças em idade escolar (art. 69.º, n.º 3).

que têm por objetivo conferir efetividade aos direitos fundamentais titulados por crianças e adolescentes²⁴⁷.

2.1.3. Da parentalidade responsável

As crianças, na condição de sujeitos de direitos próprios têm o direito à proteção da família, da sociedade e do Estado, com vistas a seu desenvolvimento integral, considerada a sua peculiar circunstância de pessoa em desenvolvimento (art. 69.º CRP e art. 227.º CF).

Nesse processo de desenvolvimento, sujeito de direito que são, crianças e adolescentes devem exercer os direitos que lhes são outorgados com autonomia progressiva²⁴⁸, associando-se ao fator idade, critérios como maturidade, desenvolvimento intelectual e discernimento, funcionando os pais como maestros do grande espetáculo, cujo ponto alto será sua transformação em adultos autônomos, solidários e com engajamento social.

O Código Civil Português está alinhado com esse princípio, haja vista que, a um só tempo, preceitua o dever de obediência aos filhos e aos pais atribui o dever de lhes possibilitar opinar sobre os assuntos que envolvem a família, de acordo com sua maturidade, reconhecendo-lhes autonomia quanto à sua própria vida (art. 1878.º, n.º 2), o que vem a atender o art. 12.º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC).

Antes de qualquer outro, a família é o grupo social que deve estar mais comprometido com o futuro, no sentido de proporcionar ao filho um espaço saudável, em que o ser em formação possa desenvolver suas aptidões, até que alcance a autonomia necessária para que possa se responsabilizar por si mesmo. E no exercício desse mister, compete aos pais, proporcionar instrução e orientação, com viés pedagógico, calcadas no diálogo²⁴⁹, no que o Estado não deve interferir, conforme art. 5.º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança²⁵⁰.

²⁴⁷ O ECA norteia-se por três princípios orientadores: prioridade absoluta, melhor interesse, municipalização.

²⁴⁸ O Código Civil português está alinhado com esse princípio, haja vista que, a um só tempo preceitua o dever de obediência dos filhos e aos pais atribui o dever de possibilitar-lhes opinar sobre os assuntos que envolvem a família, de acordo com sua maturidade, de modo a lhes reconhecer autonomia quanto sua própria vida (art. 1878.º, n.º 2).

²⁴⁹ VIEIRA, Marcelo de Mello – **Direito de crianças e adolescentes à convivência familiar**, p. 65.

²⁵⁰ “Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção.” CONVENÇÃO sobre os direitos da criança, [em linha].

O Superior Tribunal de Justiça em emblemático acórdão prolatado no julgamento do Resp. 1159242 SP²⁵¹, sob Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com brilhantismo, estabeleceu os contornos do significado de parentalidade responsável e por isso vem sendo citado com notável frequência, em especial, quando se coloca em discussão o tema do abandono afetivo.

Em dito julgado, a relatora destaca a importância do cuidado como valor jurídico, como elemento fundamental para a criação e formação de adulto com integridade física e psicológica preservada e capacidade de conviver no meio social, em condições de respeito a limites, lutando por seus direitos, em pleno exercício de sua cidadania.

Numa alusão ao acolhimento implícito do cuidado a ser dispensado a crianças e adolescentes, como dever no ordenamento jurídico brasileiro, identificado em termos e locuções, a relatora refere o art. 227.º, da CF que impõe deveres à família, à sociedade e ao Estado, prescrevendo em sua parte final o dever de “colocá-los a salvo de toda a forma de negligência...”, entenda-se isso como o dever de cuidar, de não se omitir em cuidados. O magistral voto da Ministra Nancy é recorrentemente citado, com destaque aos trechos que ora se transcreve, que sintetizam o pensamento de sua autora: “(...) não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (...) Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos (...). Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”²⁵².

Em Portugal, o constituinte não se olvidou em conferir às crianças o direito fundamental à proteção da sociedade e do Estado, tendo em vista o seu desenvolvimento integral, de modo a resguardá-las de “todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições” (art. 69.º, n. 1.).

O adequado sentido de desenvolvimento integral a que se refere o texto constitucional, possui dupla perspectiva, uma que se relaciona com o direito ao desenvolvimento da personalidade, contemplado no art. 26.º, n.º 2 e outra que corresponde à condição de ser em formação, cujas aptidões devem ter o propício aproveitamento no curso de

²⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial 1159242 SP 2009/0193701-9**, de 24 de abril de 2012, p. 435.

²⁵² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial 1159242 SP 2009/0193701-9**, de 24 de abril de 2012, p. 435.

seu desenvolvimento²⁵³. Por outro lado, a alusão a todas as espécies de abandono inclui a rejeição do ascendente que impede o filho de usufruir o respectivo estatuto de filiação, garantindo-se à prole as ações imprescindíveis para o estabelecimento da filiação como também da impugnação.

2.2. O direito de constituir família e o livre planejamento familiar

O direito de constituir família que, em primeiro lugar, situa-se no art. 16.º, da Declaração Universal de Direitos Humanos, como um direito humano, é inerente a todos os indivíduos adultos e de maior idade. Em certa medida, esse direito se identifica com os direitos reprodutivos, se considerado sob a perspectiva do direito de formar uma prole.²⁵⁴

Numa ampla acepção os direitos reprodutivos²⁵⁵ abrangem também o direito a não ter filhos, tema esse sobre o qual não se discorrerá porque não guarda relação com o tema dessa Dissertação, mas que merece menção, pelo fato de que foi a defesa da do direito à contracepção, bandeira empunhada pelo movimento feminista, nos anos 60, que atraiu olhares para a importância desses direitos²⁵⁶.

Inobstante isso, foi somente em 1994, com a Convenção do Cairo, no bojo da Declaração e Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo que os direitos reprodutivos foram finalmente reconhecidos. Merecem destaque o Capítulo IV, epígrafado “Igualdade dos Sexos, Equidade e Empoderamento da Mulher” e o Capítulo VII, sob o título “Direitos de Reprodução e Saúde Reprodutiva” e o Capítulo VIII, sob epígrafe “Saúde, Morbidade e Mortalidade”.

Evidencia-se a correlação entre o direito à saúde e os direitos reprodutivos, daí ganhando o termo *saúde reprodutiva* o significado de “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos.”²⁵⁷.

²⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. 1.**, p. 869-870.

²⁵⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **De mãe para Mãe**, p. 75.

²⁵⁵ O pioneirismo na proteção judicial dos direitos reprodutivos coube aos Estados Unidos, remontando ao ano de 1942, quando, no julgamento do caso *Skinner x Oklahoma*, o Tribunal opôs-se à esterilização de criminosos eventuais, ao argumento de que decisão favorável, violaria os direitos reprodutivos, inscritos no civil rights. *SKINNER v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942), [em linha].

²⁵⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vítor – **(Des)Igualdade de Gênero: a mulher como sujeito de Direito**, p. 178.

²⁵⁷ RAMOS, André – **Curso de Direitos Humanos**, p. 1008.

O tardio reconhecimento dos direitos reprodutivos, em sua dupla faceta, apenas ao final do século passado, torna farta de razão a observação de Flávia Piovesan, no sentido de que “a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo.”²⁵⁸.

De igual relevo é a Declaração e Programa de Ação de Pequim, de 1995, que no Capítulo II, Princípio 8.º define como direito reprodutivo o direito a livre e responsavelmente decidir acerca da quantidade de filhos que se deseja ter, o intervalo entre eles, assim como ter informação, educação e meios de fazê-lo. Consta ainda no mesmo dispositivo a atribuição aos Estado do dever de garantir o acesso universal aos serviços de assistência médica, aí incluídos os relacionados com saúde reprodutiva, abrangendo planejamento familiar e saúde sexual²⁵⁹.

Na CRP o direito a constituir família encontra previsão no art. 36.º, n.º 1, com o duplo significado, de direito de constituir vínculos familiares e de ter filhos, como bem observa Canotilho²⁶⁰, consagrando, assim, o direito fundamental a procriar, conforme Miranda²⁶¹ que destaca ser essa a única conclusão possível, se interpretada a norma em harmonia o art. 68.º, n.º 1, que outorga proteção à maternidade e paternidade, considerados valores sociais eminentes (art. 68.º, n.º 2), e ainda com o art. 67.º, n.º 2, letra *e* que atribui ao Estado o dever de regulamentar a reprodução assistida, com vistas à proteção da família, fazendo-o como um dos meios de efetivar as condições para a realização pessoal de seus membros, mandamento inscrito na parte final do art. 67.º, n.º 1 da Carta Constitucional Portuguesa.

A inclusão da reprodução assistida como uma das condições de realização pessoal dos integrantes da família, evidentemente, em situações que admitam o recurso às técnicas, torna indubitoso que o Estado obriga-se a proporcionar tanto reproduções homólogas quanto heterólogas²⁶², incluída a gestação de substituição, sob pena de frustrar o direito de constituir família daqueles que não têm condições de ter filhos biológicos.

Não resta dúvida que, a se reconhecer que o Estado tem a obrigação de disponibilizar reprodução heteróloga a todos que necessitem, forçoso será concebê-la como

²⁵⁸ PIOVESAN, Flávia *apud* ALMEIDA, Victor; BARBOZA, Heloísa Helena – Des (igualdade de gênero): a mulher como sujeito de direito. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (coord.) – **O Direito Civil: entre o direito e a pessoa**, p. 179.

²⁵⁹ VIOTTI, Maria Luíza Ribeiro – **Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**, [em linha].

²⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. I.**, p. 567.

²⁶¹ MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui – **Constituição Portuguesa anotada. Tomo. I.**, p. 399.

²⁶² RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 161-162/194.

simplesmente uma obrigação de meio,²⁶³ porquanto foge às forças do Estado assegurar a oferta de sêmen e de mães portadoras, de vez que se trata de gesto altruísta de pessoas que desejam colaborar com o sonho da parentalidade de terceiros.

No Brasil, o direito a constituir família extrai-se da liberdade do planejamento familiar, cristalizado no art. 226.º § 7.º da CF que, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, garante aos casais liberdade de planejamento familiar, atribuindo ao Estado a obrigação de oferecer os recursos educacionais e científicos necessários para tanto, proibindo o ente público e o particular a exercer qualquer interferência nessa decisão. A regulamentação desse dispositivo é dada pela Lei 9.263, de janeiro de 96, a chamada Lei do Planejamento Familiar.

2.3. A biologia, o afeto e a vontade como elementos definidores do estabelecimento da filiação

O sistema de filiação português, destaca-se, em relação aos demais pela notória preocupação na estrita correspondência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, guindando o princípio do respeito à verdade biológica à condição de princípio estruturante de filiação, por excelência, que deve orientar o intérprete tanto na aplicação da norma quanto na integração de lacunas. A importância desse critério, no ordenamento jurídico português, é tamanha que outros interesses, relacionados com o interesse concreto do filho, ou o interesse de não prejudicar a paz das famílias ou de interferir na estabilidade de vínculo socioafetivo formado, são relegados a segundo plano.²⁶⁴

Esse traço distintivo do ordenamento jurídico português, acentuou-se notadamente a partir de 1977, ano da reforma do Código Civil português, que consagrou o critério biologista²⁶⁵, o que se explica, em certa medida, pelo avanço a partir dos anos 70, nas investigações por meio de exames de DNA.

A definição da maternidade, nunca ofereceu maiores problemas, porque, na maior parte dos sistemas jurídicos, esteve atrelada ao evento biológico do parto. Assim o é no Direito português como no brasileiro, atendendo à máxima romana *mater semper certa est*.

²⁶³ COSTA, Marta; LIMA, Catarina – **A maternidade de substituição à luz dos Direitos fundamentais de personalidade**, p. 260.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento da filiação**, p. 36.

²⁶⁵ *Ibidem*.

Apesar de ser um critério amplamente utilizado, na França e na Itália²⁶⁶, por exemplo, a parturiente somente adquire o estado de mãe, caso manifeste sua vontade nesse sentido.

De outra banda, a paternidade permaneceu sendo, em regra, atribuída, ao marido da mãe, seguindo a outra máxima *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, embora, em nome da prevalência da verdade biológica, tenha sido admitido à mãe declarar o nascimento do filho, indicando não ser do marido, sobrepondo-se ao vexame de eventual adultério (art. 1832.º, n.º 1, do CC).

Ao se posicionar sobre o direito de filiação, Campos considera que o direito a ter pai e mãe, conquanto não tenha sido reconhecido na constituição formal, está inscrito na constituição material, o que asseguraria a todos o direito a conhecer seus pais e mães biológicos. Acerca da relevância da origem biológica no estabelecimento da filiação, Campos sustenta que corolário da dignidade natural do ser humano é ser filho do pai biológico e não de quem o legislador entenda que deva ser.²⁶⁷

Na mesma linha, Oliveira é categórico em afirmar que o vínculo jurídico, que se ancora no antecedente vínculo biológico, promove a coincidência entre paternidade biológica e jurídica, de sorte que “cada um tem o pai que a biologia lhe deu”²⁶⁸, aduzindo que no direito lusitano prevalece o postulado de que o interesse do filho é pertencer ao pai cujo é²⁶⁹.

O direito brasileiro, por seu turno, no final dos anos 70, encabeçado pela doutrina de João Batista Villela, começa a desenvolver a ideia de parentalidade socioafetiva, a partir da tese defendida por esse doutrinador, segundo quem “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na capacidade de amar e servir”²⁷⁰.

A evolução doutrinária dessa categoria teve no Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM²⁷¹, sua mola propulsora, em fins dos anos 90, e o desenvolvimento da matéria parte da ideia de que a parentalidade é fato cultural e não determinismo biológico, assim como o ser humano, para além de ser biológico, é indivíduo cultural.

Ancorada na afetividade enquanto processo continuado de relação entre os indivíduos, que estrutura as relações familiares no ordenamento jurídico brasileiro e sobre a

²⁶⁶ Lôbo refere que a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao jugar o caso Odièvre v. France de 2003, reconheceu a validade do parto anônimo, quando assegurado ao filho o direito de desvendar suas origens biológicas. LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Vol. V: famílias**, p. 235.

²⁶⁷ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito de Família**, p. 107.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Guilherme – Critérios Jurídicos de Parentalidade. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 273.

²⁶⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 305.

²⁷⁰ VILLELA, João Batista – **Desbiologização da paternidade**, p. 408.

²⁷¹ LÔBO, Paulo – **Socioafetividade: O Estado da arte no direito brasileiro**, p. 1747.

qual se ergue a noção de parentesco, a parentalidade socioafetiva conquistou também a jurisprudência, pela junção entre o fenômeno social e jurídico²⁷².

A parentalidade, na ordem jurídica brasileira, com o advento da Constituição de 1988, adquiriu um sentido muito mais complexo, na medida em que os laços de afeto, nascidos e consolidados na convivência duradoura e assunção de papéis parentais, alicerçam autênticos vínculos paterno ou materno-filiais (estado de filiação/ estado de filho), e ganham prevalência sobre a mera condição biológica, deixando em segundo plano a estrita coincidência entre a verdade biológica e a registral^{273, 274}.

No direito brasileiro, o estado de filiação pode resultar da consanguinidade, da adoção, da posse do estado de filiação e da inseminação heteróloga. A consanguinidade e a adoção não oferecem grande esforço para compreensão quanto a posse do estado de filiação. Sob essa fórmula estão incluídos os filhos de criação²⁷⁵ e os provenientes de adoção de fato ou “adoção à brasileira”, que prescinde do devido processo legal, e se configura pelo mero registro em nome dos pais afetivos²⁷⁶. O fato em si, configura, em tese, o crime previsto no art. 242.º do CP, apenado com pena privativa de liberdade, que pode ensejar a concessão de perdão judicial, afastando a aplicação da pena, quando praticado por motivo reconhecidamente nobre. (§ único do art. 242.º).

Peculiar é o caso da reprodução heteróloga, de vez que o vínculo de parentalidade socioafetiva prescinde da comprovação dos laços de afeto resultantes da convivência contínua e da assunção dos papéis respectivos. Em realidade, a parentalidade socioafetiva, nesses casos, constitui-se pela simples vontade manifestada de assumir o projeto parental²⁷⁷.

A vontade é também critério definidor da parentalidade, nos casos de reprodução assistida heteróloga, tanto no direito luso como no brasileiro, a mitigar o princípio da verdade

²⁷² Lôbo, em reforço à tese da afetividade como elemento constituidor de relações jurídicas no âmbito das famílias, cita Kant, que em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, considera que, se não é possível ordenar o amor, o mesmo não se diga do bem-fazer que, por “dever é amor prático e não patológico, que reside na vontade, nos princípios da ação, e esse amor pode ser ordenado”. LÔBO, Paulo – **Socioafetividade: O Estado da arte no direito brasileiro**, p. 1746.

²⁷³ *Idem* – **Direito Civil. Vol V: família**, p. 241-242.

²⁷⁴ É a verdade das relações sociais de parentesco a fonte inspiradora do art. 1603.º, do Código Civil, o qual estabelece que a prova do estado de filho faz-se, por meio da certidão de nascimento, assim como do art. 1.593, do Estatuto Substantivo Civil, cuja dicção coloca em pé de igualdade a filiação biológica e a socioafetiva, ao estatuir que o parentesco será natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 209-210.

²⁷⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 241.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Guilherme – Critérios Jurídicos de parentalidade. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 283.

²⁷⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 279

biológica. A parentalidade, nesses casos, constitui-se, a partir do projeto parental, e da manifestação de vontade expressa, segundo as normas legais e bioéticas²⁷⁸.

O prestigiado jurista Guilherme de Oliveira observa que o tradicional sistema de estabelecimento de filiação, já não oferece resposta que atenda aos anseios dos indivíduos, reconhecendo que a vontade vem ganhando terreno no âmbito da constituição da parentalidade, especialmente com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, que ensejam um incremento no número de casos constituídos de parentalidade por meio da vontade²⁷⁹.

Apesar dessa constatação, o insigne jurista admite que no Direito Português, a posse do estado de filho não basta para estabelecer a parentalidade, prestando-se apenas para embasar a presunção do liame biológico, em demandas de investigação de filiação²⁸⁰.

2.3.1. Multiparentalidade

Em tempos de modernidade líquida e da almejada imediatidade na busca da felicidade, o amor é convertido em objeto de consumo²⁸¹, a serviço da felicidade e, seguindo uma lógica de mercado, o descarte das relações afetivas ocorre quando não alcançado o propósito eudemonista, no período de prova estipulado. A ausência de negatividade impele as pessoas à rápida constituição de novos vínculos em substituição aos anteriores, movidas por um desígnio hedonista.²⁸²

Na era dos relacionamentos quase *prêt à porter*, partindo da premissa de que o outro já não pode ser amado, mas apenas consumido, a duração dos casamentos e uniões convivenciais sofreram drástico encurtamento²⁸³, lançando para segundo plano o investimento sabidamente necessário para o fortalecimento dos laços afetivos.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme – **Estabelecimento da filiação**, p. 239-241/249.

²⁷⁹ *Idem* – Critérios jurídicos de parentalidade. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 302.

²⁸⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 304.

²⁸¹ É como diz Bauman, transportando as relações afetivas para o mundo consumerista: “...Se o prazer prometido não corresponder ao padrão prometido e esperado, ou se a novidade se acabar junto com o gozo, pode-se entrar com ação de divórcio com base nos direitos do consumidor. Não há qualquer razão para ficar com um produto inferior ou envelhecido em vez de procurar um novo e aperfeiçoado nas lojas”. BAUMAN, Zygmund – **Modernidade líquida**, p. 205.

²⁸² Para o filósofo Han “Evita-se toda e qualquer negatividade, todo sentimento negativo. Sofrimento e paixão dão lugar a sentimentos agradáveis e excitações sem maiores consequências. Na era da “rapidinha”, do sexo oportunista e do sexo relaxante, a sexualidade perde toda e qualquer negatividade. A total ausência de negatividade transforma o amor hoje em objeto de consumo e o reduz ao cálculo hedonista.” HAN, Byung-Chul – **Agonia do Eros**, p. 40.

²⁸³ Pesquisa realizada junto ao IBGE revela que entre os anos de 1984 e 2019, foi constatada uma tendência de incremento no número de divórcios e a duração do casamento, nos últimos dez anos foi reduzido de 17,5 para 13,5 anos de matrimônio.

A reconstituição das famílias ensejou o estabelecimento de novos vínculos entre padrastos e a prole da família original, com desenvolvimento de laços afetivos, nascidos da convivência prolongada e da assunção de papéis paterno-filiais, constituindo, em inúmeros casos, autênticos estados de filiação, em grande medida, consolidados pelo nascimento de irmãos, resultado da nova união daqueles que, no passado, formaram um outro casal²⁸⁴.

Nesse novo cenário, no Direito brasileiro, o fenômeno importante que surge, no âmbito do estabelecimento da filiação, é a multiparentalidade, a provocar uma verdadeira revolução no modelo de parentalidade vigente no ordenamento jurídico, tradicionalmente composto por um pai e uma mãe, introduzindo um novo paradigma nesse domínio, provocando, de conseguinte, o rompimento do padrão clássico.²⁸⁵

A Multiparentalidade pode ser definida como a existência simultânea de vínculos jurídico parentais entre uma pessoa e mais de dois ascendentes, consanguíneos ou não. É consagração em patamar máximo da afetividade como a base sobre a qual se constitui a família contemporânea no Direito brasileiro.^{286,287}

Nesse contexto, sobram razões a Oliveira, ao asseverar que “o direito brasileiro levou a relevância da posse de estado e da paternidade socioafetiva até um ponto mais avançado do que se conhecia”²⁸⁸, ainda mais se considerado que os estados de filiação não podem ser impugnados por investigação de paternidade sob esse fundamento, mas também pela peculiaridade de que os vínculos socioafetivos podem ensejar o reconhecimento de parentalidade plúrima.

Em muitas famílias brasileiras a multiparentalidade já era uma realidade, desde que passou a ser admitida a adoção por casais do mesmo sexo, que deu origem a uma multiplicidade de registros com dupla maternidade ou paternidade²⁸⁹. Esse foi o ponto de partida de um processo de ruptura com o sistema binário de parentalidade que tradicionalmente regulava a constituição da filiação no Direito Brasileiro.

²⁸⁴ LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Vol. V: famílias**, p. 243-246.

²⁸⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 244.

²⁸⁶ ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de; GUIMARÃES, Vanessa Albuquerque Rocha – Multiparentalidade: uma breve abordagem sobre a obrigação alimentar, efeitos sucessórios e outras questões de relevo, p. 238.

²⁸⁷ Ilustra a importância da afetividade no Direito brasileiro assertiva de Farias e Rosa, no sentido de que “Abandonando uma feição patrimonialista e matrimonializada, o Direito das Famílias encontrou no afeto o seu ponto de fluência e confluência, como base valorativa.” FARIAS, Cristiano; ROSA, Conrado – **Teoria geral do afeto**, p. 128.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Guilherme de – Critérios jurídicos de parentalidade. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 281

²⁸⁹ LÔBO, Paulo – **Op. Cit.**, p. 243-244.

O tema conquista espetacular importância notadamente, a partir do histórico julgamento do RE 898.060²⁹⁰, em que, no âmbito da Repercussão Geral 622, o STF, reconhecendo a premência de ser revista a disciplina dos vínculos jurídicos parentais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, fixou a emblemática tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitantemente baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”.

O julgado concluiu que o conceito de entidades familiares na constituição brasileira não é dotado de tipicidade e que os formatos mencionados no art. 226 § 3.º são, tão-somente, exemplificativos, enfatizando que a restrição das realidades familiares a configurações predeterminadas, implicava em deixar à míngua de tutela estatal filiações com pluralidade de vínculos, prejudicando o melhor interesse da criança.

A decisão faz referência a julgados da Suprema Corte do Estado de Louisiana, onde desde a década de 80 tem sido reconhecida a duplicidade de vínculos de paternidade, visando à proteção do melhor interesse da criança e concomitantemente do interesse do genitor relativamente à declaração de paternidade²⁹¹²⁹².

Alguns outros Países já vêm reconhecendo a multiparentalidade, tais como Canadá, Espanha, Dinamarca e Noruega²⁹³, em que pese em nenhum deles com o alcance dado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Portugal ainda não admite a pluralidade de vínculos parentais, mesmo permitindo a adoção por pessoa casada ou em união de facto com outra do mesmo sexo ou nas hipóteses de reprodução assistida levada a efeito por mulher casada ou em união de fato com outra²⁹⁴. O reconhecimento da multiparentalidade, na reprodução heteróloga será objeto de discussão, no momento próprio.

Trata-se de tema instigante, que apesar de no Brasil ter um alcance bem amplo, encontra-se à espera de estatuto jurídico próprio, em processo de construção doutrinária e jurisprudencial, a provocar inquietação quanto ao exato sentido do que sejam os “efeitos jurídicos próprios” mencionados no Tema 622 pelo STF, impondo uma interpretação

²⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 898.060, de 21 de setembro 2016**. [em linha].

²⁹¹ O acórdão do STF menciona julgados da Suprema Corte de Louisiana, sem, contudo, identificá-los, tomando como referência de pluriparentalidade, no direito Comparado, o conceito “de “dupla paternidade” (dual paternity), construído no âmbito daquela Corte, desde a década de 1980, voltado ao atendimento, ao mesmo tempo, do melhor interesse da criança e do direito do genitor à declaração da paternidade.

²⁹² Outros Estados estadunidenses também vêm admitindo a pluralidade de vínculos parentais, como é o caso da Califórnia, em que o Supremo Tribunal reconheceu, em 2005, dupla maternidade, em relação a crianças fruto de uniões homossexuais, consoante refere Oliveira. OLIVEIRA, Guilherme de – Critérios jurídicos de parentalidade. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 290.

²⁹³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 295-296.

²⁹⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 305.

sistemática do ordenamento jurídico. Enquanto isso, a questão fica exposta à insegurança jurídica, pela possibilidade de decisões casuísticas dos variados órgãos judiciais.

3. A REPRODUÇÃO HUMANA POR MEIO DAS TÉCNICAS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

3.1. A reprodução humana natural e seu significado

A concepção na espécie humana remonta a milhões de anos, cumprindo um ritual universal de reprodução ao qual se associavam o amor, o prazer, a alegria e a dor, como tantas vezes retratada pela literatura por poetas e romancistas²⁹⁵.

A reprodução daqueles tempos, que se limitava exclusivamente ao ato sexual, ao sublime encontro de corpos e da fusão dos gametas masculino e feminino, era responsável pela perpetuação da espécie e pela não menos encantadora diversidade de formas e de comportamento que se pode observar na espécie humana, advindas da constituição da hereditariedade individualizada de cada ser humano gerado²⁹⁶.

O processo biológico da procriação permite que cada novo ser receba uma parte de seus pais. O futuro ser traz consigo metade da hereditariedade de cada genitor, fruto da herança genética que lhe foi transmitida.²⁹⁷

Pode-se resumir que a criança é produto da criação de duas pessoas de sexos diferentes que, a partir de seus genes, como num jogo de dados, lançados aleatoriamente, dão origem a uma terceira que a eles se assemelha, mas possui diferenças que a distingue²⁹⁸, algumas das quais decorrentes das condições ambientais que vêm “da forma como fomos acolhidos neste mundo pelos nossos pais, pelos que nos rodeiam, pelo amor dos outros- pelo calor humano”²⁹⁹.

Desde os tempos mais remotos, o desejo de ter filhos e assegurar uma descendência foi uma preocupação dos seres humanos, o que, numa perspectiva psicanalítica, é entendido como o desejo narcísico da imortalidade do Eu, de enxergar-se no outro, como dando continuidade a si mesmo; uma manifestação do desejo de perpetuar a espécie ou uma forma de elaborar o luto pela própria morte.³⁰⁰

Na Idade Antiga, em algumas sociedades, a constituição de uma descendência era uma exigência social, que exercia enorme pressão sobre os casais, com variados matizes a

²⁹⁵ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 18.

²⁹⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 23.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 31.

²⁹⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 35.

³⁰⁰ TRINDADE, Jorge – **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**, p. 342.

depende de cada cultura. Na Grécia antiga, por exemplo, se o homem falecia sem deixar prole, a mulher era obrigada a se casar com o irmão dele para conceber um filho que, no meio social, seria reconhecido como filho do morto.³⁰¹

Na sociedade judaica, a infertilidade feminina era tratada como desonra, remetendo à ideia de que a dignidade da mulher não era intrínseca a ela própria, mas, ao contrário, somente se realizava “quando vinculada a um homem e (por meio dele) parisse, numa evidente confusão entre sociedade conjugal e maternidade.”³⁰².

Na Bíblia Sagrada, a esterilidade de Sara e Raquel e, por consequência, sua incapacidade de formar uma prole, foi resolvida com a permissão a seus maridos, Abraão³⁰³ e Jacó³⁰⁴, respectivamente, para que deitassem com as servas, Agar e Bila para procriar e dar às suas mulheres, por meio delas, uma descendência.^{305,306}

Solução assemelhada está prevista no Código de Hamurábi³⁰⁷ que admite tenha o marido relações sexuais com outra mulher, no caso de a esposa ser estéril ou admitia que ela própria lhe oferecesse sua escrava para esse fim. Era como se autorizada fosse, já naqueles tempos, naquelas sociedades, a reprodução heteróloga, embora por meios naturais.

Conquanto a constituição de uma prole, na sociedade contemporânea, em geral, já não se defina como um imperativo social, haja vista que alguns casais chegam até mesmo a optar por não ter descendência, é inegável que trazer ao mundo um filho não se resume a um mero fato natural, mas é fator de continuidade de uma cadeia genealógica e dá origem a uma nova ordem familiar em que o par parental passa a se identificar com seus pais, deixando a posição de filhos daqueles para se tornarem pais do filho.³⁰⁸

Por outro lado, há que se distinguir duas circunstâncias, uma delas é a decisão de não ter um filho, isto é, exercer o direito reprodutivo, em sua dimensão negativa³⁰⁹, outra é querer procriar, mas enfrentar empecilhos que impedem a concretização desse direito. Sob o

³⁰¹ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 39.

³⁰² PELLEGRINELLO, Ana Paula – **Reprodução assistida: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres**, p. 97.

³⁰³ GÊNESIS. In BÍBLIA Sagrada, cap. 16, vers. 1-4.

³⁰⁴ *Op. Cit.*, cap. 30, vers. 1-6.

³⁰⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 143.

³⁰⁶ A natureza divina da reprodução aparece bem delineada no Novo Testamento. Observe-se, que a concepção de Isabel, casada com Zacarias, é fruto de um milagre, uma benesse concedida ao casal de idosos, estéreis, considerados justos e seguidores dos mandamentos divinos. LUCAS In BÍBLIA Sagrada, cap. 1, vers. 13. O próprio nascimento de Jesus é resultado de um milagre, pois Maria engravida pela ação do Espírito Santo, conforme é revelado pelo anjo Gabriel. MATHEUS. In BÍBLIA Sagrada, cap. 1, vers. 18-24.

³⁰⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *Op. Cit.*, p. 143.

³⁰⁸ LEITE, Eduardo Oliveira – **Procriações artificiais e o Direito**, p. 24.

³⁰⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 159.

prisma da infertilidade ou esterilidade feminina isso representa privação ao exercício da função procriacional, na acepção biológica, que historicamente lhe foi atribuído³¹⁰.

Na perspectiva de o problema reprodutivo ser do homem, permanece arraigada a ideia de virilidade associada ao papel reprodutor que, aliás, é característica do reino animal, a despertar inequívoco abalo psíquico.³¹¹

Consideradas essas relevantes razões de ordem existencial e social, é compreensível que o diagnóstico de infertilidade ou a detecção de problema reprodutivo seja devastador³¹², e venha sucedido pelo desejo legítimo de superar o obstáculo e realizar o sonho da procriação, do modo possível, mediante o emprego das técnicas de reprodução medicamente assistida³¹³, afinal, se não for viável que a criança tenha sua herança genética, no mínimo terá a chance de “criar uma realidade que com ela se assemelhe”³¹⁴.

A procriação por meio de técnicas de reprodução humana, por se tratar de medicalização da reprodução, com enorme impacto nos conceitos de maternidade e paternidade, culminando por romper com a clássica noção *mater semper certa est e pater is est quem nuptia demonstrant*, como adiante se demonstra e, visando a proteger a dignidade da pessoa humana, a serviço da qual a ciência deve se colocar, sujeita-se a regras da Bioética, o que torna inevitável uma breve incursão nessa matéria.

3.2. A bioética e a necessidade de impor limites à pesquisa e experimento científicos

Não é recente a preocupação com procedimentos biológicos, sendo mesmo contemporânea à origem da Medicina. O próprio juramento de Hipócrates fazia alusão a questões éticas³¹⁵. Mais que isso, o Código de Hipócrates representa o primeiro registro

³¹⁰ Referindo-se às mudanças que sobrevieram nas relações familiares Campos e Campos referem que “parece desenhar-se uma época (admirável mundo novo?) em que as famílias (as mulheres) se libertem das tarefas de procriação.” CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez – **Lições de Direito de Família**, p. 52.

³¹¹ Estudos referem que entre homens inférteis se identifica mais reatividade emocional negativa e ansiedade e que o diagnóstico de infertilidade acarreta-lhes sentimento de perda, luto e inadequação social, devido à associação comumente feita entre fertilidade, masculinidade e virilidade. GAMEIRO, S.; SILVA, S.; CANAVARRO, M. C. – A experiência masculina de infertilidade e de reprodução medicamente assistida, [em linha].

³¹² Clarke resume esse sentimento da seguinte forma: “A ausência de filhos é sempre uma tragédia para os casais que desejam tê-los (...) O homem tem direito a viver com este desejo. E a sofrer por não poder satisfazê-lo.”. CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 37.

³¹³ LOPES, Helena Prado – **Parentalidades em construção na reprodução assistida: uma proposta de acompanhamento sistêmico-relacional**, p. 2.

³¹⁴ Para Vera Lúcia Raposo a reprodução tem a perspectiva, se não de ter um vínculo biológico com o filho, pelo menos de ter um filho em situação parecida com a reprodução natural, aparência essa que cujo intuito de manter está relacionada com a representação que isso terá no meio social, frente ao filho e a si mesmo. RAPOSO, Vera Lúcia – **Dá-me licença que tenha filhos?: Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**, p. 2-3.

³¹⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 3.

normativo que admite a necessidade de uma concordância entre o exercício da Medicina e o correspondente respeito a princípios e valores humanos, tendo se tornado o fundamento dos códigos de ética dos tempos atuais.³¹⁶

Contudo, o marco inicial da Bioética foi o Código de Nuremberg, surgido em 1947, criado em resposta a práticas atrozes cometidas por médicos nazistas que expuseram milhões de pessoas a experiências ultrajantes, desumanizantes, visando a evitar que no futuro voltassem a ser cometidas.³¹⁷

A Bioética enquanto ética aplicada às ciências da vida surgiu como um imperativo determinado pela revolução científica e técnica que se verificou no contexto das ciências biológicas e médicas³¹⁸, com a missão de proporcionar a necessária harmonia entre seus avanços e preceitos éticos e morais da sociedade.³¹⁹

Num breve retrospecto, importa destacar algumas das impactantes conquistas da ciência nas últimas décadas, que reafirmam a importância da Bioética, nesse âmbito de aplicação, merecendo destaque, ainda na segunda metade do século XX a descoberta da Biologia Molecular entre as décadas de 50 e 60³²⁰ e do código genético, no decorrer dos anos de 1960, que possibilitou o desenvolvimento da insulina, usada no tratamento da diabetes, por meio da recombinação do DNA.³²¹

Digno de nota, também que, em abril do ano de 2003, cientistas anunciaram a decodificação de 99,9% do genoma humano³²², a que Barbas se refere como o grande “Livro da Vida” que contém o “registro” de todas as “vicissitudes e invenções que caracterizam a história da “espécie” humana e dos seus “ancestrais”, logo a partir de seus primórdios.”³²³

O integral sequenciamento do genoma concluiu pela existência de mais de 30.000 (trinta mil) genes e um número superior a 300.000 (trezentas mil proteínas), envolvidas na constituição de tecidos e síntese proteica.³²⁴

Descortinaram-se, então, domínios espetaculares de intervenção, como, por exemplo, na terapia gênica, na procriação, diagnóstico pré-natal e outras áreas cuja atuação

³¹⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. p. 145.

³¹⁷ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações familiares: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**, p. 23.

³¹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – *Op. Cit.*, p. 3.

³¹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *Op. Cit.*, p. 133-134.

³²⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – *Op. Cit.*, p. 3.

³²¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 46.

³²² “O conceito de genoma humano representa o conjunto de combinações ordenadas de sequências de DNA no tempo e no espaço que constituem o cerne da diversidade e das possibilidades da evolução genética da nossa espécie”. *Idem* – *Op. Cit.*, p. 13.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 62.

tenha como ponto de partida a base biológica do ser humano, criando por essa razão, ao mesmo tempo, riscos à existência individual e social³²⁵, ante à possibilidade de intervenção indevida no genoma humano.³²⁶

Mais recentemente, em 2020, o prêmio Nobel de Química foi conferido aos dois cientistas Emmanuelle Charpentier e Jennifer Doud pela revolucionária descoberta da técnica de edição gênica que visa a corrigir ou excluir genes mutantes a que correspondem doenças, de modo a neutralizar ou silenciar os efeitos nocivos da moléstia³²⁷.

Possivelmente essa é uma das descobertas mais espetaculares deste século. Aparentemente, a técnica que, inclusive, pode vir a ser utilizada na reprodução assistida³²⁸, traduz-se em grande benefício para os indivíduos, mas o fator ineditismo e a possibilidade de promover alterações definitivas no DNA, interferindo nas gerações futuras, fomentam intenso debate, clamam por regulamentação e recomendam precaução.^{329,330}

Esse contexto evidencia claramente os contornos da sociedade de risco da atualidade, nomeadamente, por dois movimentos simultâneos e em paralelo, um deles no sentido do progresso tecnológico e o outro, na direção do receio de resultados quiçá diferentes dos esperados, a carecer da imposição de limites, necessários para manter sob segurança a saúde ou integridade humana e o ecossistema³³¹.

Reassume importância, nesse novo cenário, o princípio da precaução que havia caído em desprestígio, em tempos anteriores, conforme alerta Ascensão, cuja preocupação assenta-se também na possibilidade de intervenção em células germinais, potencialmente capazes de transmitir mutações à descendência.^{332,333}

³²⁵ Conforme destaca Barbas a intervenção realizada em uma pessoa pode ter consequências que alcancem, para além dele próprio, a família e a sociedade. Em resumo, da mesma forma que o bem feito a uma pessoa concreta produzirá repercussões sociais, os malefícios também se estenderão a terceiros. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 152.

³²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira – Intervenções no genoma humano: validade ético-jurídica. In ASCENSÃO, Joé de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.**, p. 26-27.

³²⁷ CLEMENTE, Gabriela Trindade – Responsabilidade civil, genética e riscos desconhecidos: responsabilidade civil em saúde. In PEREIRA, André Gonçalo Dias et. al. – **Responsabilidade Civil em Saúde**, p. 458.

³²⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 462.

³²⁹ CLEMENTE, Gabriela Trindade – Responsabilidade civil, genética e riscos desconhecidos: responsabilidade civil em saúde. In PEREIRA, André Gonçalo Dias et. al. – **Responsabilidade Civil em Saúde**, p. 459.

³³⁰ Em que pese o benefício considerável, como qualquer técnica inédita, está sujeita a causar riscos desconhecidos que provocam sempre um estado de apreensão, por serem imprevisíveis e de causa ignorada. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 465-466.

³³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira – Intervenções no genoma humano: validade ético-jurídica. In ASCENSÃO, Joé de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.**, p. 25-26.

³³² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 38-39.

³³³ A preocupação com a preservação do patrimônio genético, face às técnicas reprodutivas é o centro das preocupações de BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 11-12.

A consciência de que a ciência ultrapassou o mero conhecimento da vida conquistando o poder sobre a vida é o bastante para acionar o alerta e rechaçar a ideia positivista prevalente até meados do século XX, segundo a qual tudo que está correto, no aspecto técnico-científico, não pode ser mau e, de conseguinte, toda questão ética é, em realidade, uma questão técnica mal posicionada, a ser solucionada pela sua transformação em um problema de natureza técnica³³⁴.

Urge, pois, harmonizar o desenvolvimento da Engenharia Genética e da Biotecnologia com preceitos éticos e morais da sociedade, na perspectiva de que o homem não pode ser objeto da ciência³³⁵, mas ela, sim, deve estar a seu serviço e deverá se pautar por um agir dentro de limites que não atentem contra a sua dignidade e não coloque sob ameaça o futuro da espécie³³⁶.

3.2.1. A Bioética: objeto de estudo e princípios regentes

Feita essa breve digressão para explicar as razões que forjaram o surgimento da Bioética, importa definir essa área do conhecimento e seu objeto de estudo.

O termo Bioética foi utilizado pela primeira vez por Fritz Jahr, composto da união das palavras gregas *bios* e *ethos*, a significar, respectivamente, vida e comportamento. Jahr formulou o imperativo bioético de indisfarçável inspiração kantiana, segundo o qual todas as formas de vida deveriam ser respeitadas como um fim em si mesmas.³³⁷

Todavia, o vocábulo Bioética somente alcançou ampla difusão com a publicação, em 1971 da obra *Bioethic: Bridge to the Future*, de autoria do oncologista americano Van Rensselaer Potter, em que o médico propõe o estabelecimento de uma ética para promover uma interface entre Ciências e Humanidades, com foco em problemas ambientais e de saúde.³³⁸

O médico estadunidense deu-se conta de que a sobrevivência da vida sobre a terra estaria comprometida pelo desenfreado processo tecnológico, caso não fosse estabelecida uma ponte entre a cultura científica e a humanístico-moral³³⁹. Entendeu Potter que não bastava

³³⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 3.

³³⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 11-12.

³³⁶ *Idem* – **Direito do genoma humano**, p. 134.

³³⁷ JAHR, Fritz *apud* SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 5.

³³⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 5-6

³³⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 133.

o mero instinto de sobrevivência para salvar o ecossistema, mas, para além disso, era imperiosa uma Ética da vida para unir ambos os domínios, o científico e o da vida³⁴⁰.

Afigura-se adequada a reflexão proposta por Barboza³⁴¹ para quem os perigos a que o planeta Terra está exposto e, notadamente o ser humano, são consequências de ritmos diferentes de desenvolvimento das ciências da natureza e sociais, aquelas com descobertas prodigiosas, como armas atômicas, ou contaminação do ar, que podem destruir o suporte da biosfera, enquanto estas últimas sequer conceberam mecanismos institucionais eficientes o bastante para eliminar esses riscos potenciais³⁴².

A definição de Bioética não é pacífica. Há quem a considere um ramo da Filosofia Moral³⁴³ que estuda os aspectos morais e sociais decorrentes do emprego das técnicas provenientes do progresso do conhecimento nas ciências biológicas; outros vêm-na como uma disciplina autônoma, com sua própria identidade, embora guarde muita proximidade com o Direito, Medicina, Deontologia e Ética; outros, negam-na essa condição devido à sua vocação à interdisciplinaridade; há também quem defenda se tratar de uma “metodologia de confronto interdisciplinar entre ciências biomédicas e humanidades”.³⁴⁴

Indiscutível, contudo, que corresponde a uma área de investigação de perspectiva pluralista e que é, a um só tempo, multidisciplinar e interdisciplinar, de vez que os estudos acerca dos resultados das investigações biomédicas são examinados sob variados vieses, dentre eles político, religioso, antropológico, social, cultural e jurídico, de modo correlacionado³⁴⁵.

Busca a Bioética a formulação de princípios éticos, fundamento de obrigações morais, norteadores de pesquisas e da engenharia genética que se posicionam como ponto de partida de qualquer debate acerca de assuntos relacionados com as ciências³⁴⁶.

A par de seus princípios específicos, paira sobre todos o princípio da dignidade da pessoa humana que reclama a proteção da pessoa que, titular de sua personalidade, possui

³⁴⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 134.

³⁴¹ BARBOZA, Heloísa Helena – **Princípio de Bioética e do Biodireito**, p. 209-216.

³⁴² Permanece atual a preocupação de Robert Clarke, para quem “A revolução biológica, que vai atingir-nos em pleno, tem a característica particular e trágica de surgir num mundo de modo algum preparado para assumir as suas consequências. É provável que os progressos neste campo reduzam a estilhaços as concepções morais e legais que julgávamos profundamente inscritas nos nossos hábitos”. CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 14.

³⁴³ Heloísa Helena Barboza, no citado artigo, menciona a definição de Bioética, segundo a Enciclopédia de Bioética de 1978, como sendo o “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e do cuidado da saúde, quando esta conduta se examina à luz dos valores e dos princípios morais”, constituindo, portanto, um setor da “ética aplicada”.

³⁴⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida – **Direito do genoma humano**, p. 132.

³⁴⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 9.

³⁴⁶ BARBOZA, Heloísa Helena – **Princípio de Bioética e do Biodireito**, p. 211-212.

em si a humanidade intrínseca, merecedora de proteção por integrar a família humana. É esse princípio estruturante que promove a interpretação conforme a Constituição, de regras e princípios, incluídos os bioéticos, a exemplo dos que integram o Código de Ética Médica.³⁴⁷

Os princípios fundamentais da Bioética têm origem no Relatório Belmonte³⁴⁸, produzido pela Comissão norte-americana para a proteção da pessoa humana na pesquisa biomédica e comportamental, apresentado no encerramento de seus trabalhos, em 1978, como expressão da vontade da sociedade e da comunidade científica e constituem o que se convencionou chamar trindade bioética, sendo eles: autonomia, beneficência e justiça³⁴⁹.

A autonomia assume o lugar de primeiro princípio da Bioética e é manifestação por excelência da dignidade da pessoa humana, que atribui, com exclusividade à pessoa o direito de livremente definir de acordo com seus interesses e quadro de valores, o tratamento ou a pesquisa a que deseja se submeter³⁵⁰. Assegurar a autonomia é viabilizar que o consentimento livre e informado acerca do estado de saúde, dos tratamentos possíveis e dos efeitos esperados, assim como sobre eventuais resultados adversos, sejam os únicos fatores norteadores da decisão do indivíduo. De outra banda, ao profissional que o assiste, resta, tão-só, acatar sua decisão³⁵¹.

A beneficência guarda estreita relação com o juramento hipocrático e significa proporcionar o máximo de benefício com mínimo de danos, do que exsurge o princípio da não maleficência e visa a garantir que o bem-estar da pessoa prevaleça sobre os interesses da ciência. Em nível de complementariedade esse princípio é conjugado com o da não maleficência, de modo que a beneficência implica fazer o bem, enquanto o segundo importa abster-se de fazer o mal.³⁵²

Por fim, a justiça, que se traduz em assegurar que os benefícios sejam acessíveis a todos em condições de igualdade, exigindo imparcialidade no rateio de vantagens e prejuízos, eliminando tratamento desigual entre as pessoas³⁵³.

Bem examinado, todos esses princípios são emanações do princípio da dignidade da pessoa humana. Veja-se que a autonomia é manifestação por excelência da dignidade da

³⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith – Bioética e dignidade da pessoa humana: Rumo à construção do Biodireito. In ASCENSÃO, Joé de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.**, p.100.

³⁴⁸ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**, p. 25.

³⁴⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo – **O fetiche dos Direitos Humanos**, p. 280.

³⁵⁰ *Idem* – **Bioética, Biodireito e Direitos Humanos**, p. 4.

³⁵¹ GARCIA, Diego – **Fundamentos da Bioética**, 206-207.

³⁵² Garcia entende que a não maleficência deve ser entendida, partindo da ideia de que “Nunca é lícito fazer o mal, mas às vezes não é lícito fazer o bem.” Acrescenta que os dois princípios podem se resumir em um só, na perspectiva de que deve-se promover o bem, não fazendo mal a ninguém. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 151-152.

³⁵³ BARBOZA, Heloísa Helena – **Princípio de Bioética e do Biodireito**, p. 211.

pessoa humana, como já se discutiu no primeiro capítulo; a beneficência protege o homem de ser tratado como um objeto a serviço da ciência e reafirma sua condição de fim em si mesmo e a justiça realiza a dignidade humana na perspectiva da igual dignidade.

Importa adicionar, ainda, aos tradicionais princípios, o princípio da responsabilidade, surgido a partir das reflexões de Giovanni Berlinger contidas no artigo A Ciência e a Ética da Responsabilidade e questiona a necessidade de responsabilizar pelos abusos que cometam os cientistas e sobre a necessidade de imposição de limites a sua atuação³⁵⁴.³⁵⁵

3.2.2. Da Bioética ao Biodireito: um caminhar juntos no sentido da proteção dos valores éticos e da dignidade da pessoa humana

A Bioética representa uma ordem normativa calcada na moral e que funciona como parâmetro de referência tanto para o cientista como para uma pessoa qualquer. E por se tratar de preceito moral, não é dotada de sanção³⁵⁶.

Já o Biodireito é uma ordem normativa, com força cogente, uma disciplina que integra a dogmática jurídica, que positiva preceitos éticos a partir dos quais estabelece padrões de conduta a serem obedecidas por todos os que participam de eventos científicos, quer sejam cientistas ou cidadãos comuns e disciplina as complexas relações jurídicas daí decorrentes³⁵⁷.

Nascida para regular a pesquisa e a engenharia genética, a Bioética acabou por se tornar, em final do século passado, uma verdadeira fonte de direitos humanos, transição essa feita a partir da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, cuja elaboração ficou a cargo do Comitê de Especialistas Governamentais da Unesco, publicada em 11 de novembro de 1997, de que são signatários 186 Estados-membros³⁵⁸, conquistando pela alta adesão indubitosa legitimidade.

A Declaração estabelece limites universais ao direito interno dos Países acordantes, no âmbito das pesquisas genética e em especial daquelas relacionadas com a intervenção no patrimônio genético, exigindo dos Estados soberanos o estabelecimento de

³⁵⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 27.

³⁵⁵ Valorosa contribuição, a esse respeito provém da elaboração do filósofo Hans Jonas, nascida da preocupação dos impactos da tecnologia a longo prazo e sua possível irreversibilidade, a exigir que a ética tenha um olhar atento dirigido a ações capazes de projeção causal, ainda não experienciada, rumo ao futuro. SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 28.

³⁵⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – *Op. Cit.*, p. 6.

³⁵⁷ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações familiares: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**, p. 27-29.

³⁵⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo – **Bioética, Biodireito e Direitos Humanos**, p. 06.

políticas públicas e adoção de medidas para garantir efetividade aos princípios consagrados em seu texto³⁵⁹.

O jusfilósofo Barretto defende que os princípios contidos na Declaração de 1997 devem ser tratados segundo a doutrina de Alexy, a significar que são mandamentos de otimização, isto é, a serem aplicados em graus diferentes, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas do caso concreto. Configuram um espaço normativo precedente à norma positivada, a serem utilizados no suprimento de vazios legislativos, à vista de novas descobertas científicas.³⁶⁰

Sob a ótica de Barretto^{361,362}, esses direitos humanos ligados ao âmbito da Biologia e da Genética consistem em uma categoria intermediária cristalizadora dos fundamentos racionais e legitimadores do Biodireito. Seguindo essa linha de raciocínio, avança no sentido de reconhecer tais direitos como integrantes de uma ordem normativa que ultrapassa as fronteiras do direito nacional, porque suas normas ocupam uma dimensão universal e tem por escopo o pleno desenvolvimento da humanidade.

Conclui, ao final, que tais direitos representam uma ordem de valores universais, fundada na ética kantiana no centro da qual está a dignidade da pessoa humana, construída a partir do exercício livre da razão da sociedade civil, que constitui um conjunto de normas aplicáveis a toda a sociedade planetária, a modelo do cosmopolitismo desenvolvido na obra Projeto para uma Paz Perpétua, do filósofo iluminista^{363,364}.

O Biodireito, de sua vez, é a ordem normativa que nasce por exigência do progresso das novas tecnologias que suscita novos problemas éticos e jurídicos para os quais o direito precisa oferecer resposta. No âmbito da reprodução assistida são inúmeros os dilemas que desperta e que já não podem ser superados pelos clássicos institutos do Direito Civil³⁶⁵.

³⁵⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo – **Bioética, Biodireito e Direitos Humanos**, p. 06.

³⁶⁰ *Idem* – **O fetiche dos Direitos Humanos**, p. 295.

³⁶¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 288-289.

³⁶² Esse posicionamento é compartilhado por Judith Martins Costa que assim trata o tema: “É do jusfilósofo Vicente Barretto a sagaz percepção da ideia kantiana de um “direito cosmopolita como fundamento de uma disciplina ora nascente, o Biodireito (...)”. Como explica Barretto, a ideia kantiana de direito cosmopolita refere-se principalmente, ao entendimento de que a evolução histórica e com elas as luzes da razão, iriam encontrar, normas com fundamentação ética, que poderiam ser consideradas como uma forma de direito que se imporiam com a força de sua própria racionalidade.” COSTA, Judith Martins – Bioética e dignidade da pessoa humana: estudos de Direito da Bioética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol II.**, p. 101-102.

³⁶³ BARRETTO, Vicente de Paulo – **Op. Cit.**, p. 269.

³⁶⁴ Ora, como se avançou tanto no esclarecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do Direito num lugar da Terra se sente entre todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica ou extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral (...)” KANT, Immanuel – **A paz perpétua e outros opúsculos**, p. 151.

³⁶⁵ BARBOZA, Heloísa Helena – **Princípios da Bioética e do Biodireito**, p. 213.

Paralelamente a isso, reconhece-se o surgimento da Bioconstituição que, segundo Baracho, consiste em um conjunto de normas, princípios e regras que integram a constituição material ou formal que tem por objetivo regular as ações e omissões do Estado e particulares, com vistas à tutela da vida, da identidade, integridade da pessoa atual e das próximas gerações, voltada à saúde do ser humano, na perspectiva de suas relações com a Biomedicina³⁶⁶.

Nesse novo ambiente é premente o surgimento de um microssistema jurídico próprio, com abertura suficiente para ir sendo aperfeiçoado à medida que novas tecnologias vão sendo admitidas. É uma realidade inexorável que há um descompasso gritante entre a velocidade do progresso técnico-científico e os passos lentos com que caminha o Direito³⁶⁷, sendo o grande desafio do Biodireito, encurtar a distância entre as novas tecnologias e a apresentação de soluções aos novos problemas disso resultante, notadamente os relacionados com a proteção da dignidade da pessoa humana³⁶⁸.

Ao contrário da Bioética que já possui seus princípios fundamentais definidos desde a apresentação do Relatório Belmonte, o Biodireito ainda não tem consolidado em doutrina ou jurisprudência seus princípios. Recorrendo à doutrina de Sá e Naves³⁶⁹, adota-se os princípios por eles apontados, embora alterando a ordem de enumeração, mencionando em primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana para realçar sua precedência sobre os demais, devido ao fato de ser o princípio que confere unidade ao ordenamento jurídico e, em última análise, serve de fundamento a todos os outros. Enumera-se imediatamente após, a autonomia privada, por ser o elemento ético do princípio da dignidade da pessoa humana. Os demais princípios são precaução e responsabilidade.

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, já se discorreu com vagar a seu respeito, dada a sua magnitude, sendo desnecessário qualquer acréscimo. No tocante ao princípio da autonomia privada, tem o mesmo conteúdo do princípio bioético de que já se falou mais acima. A autonomia privada será objeto de detido exame quando se for tratar da autonomia reprodutiva, logo a seguir.

³⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira *apud* SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi – **O direito de saber a nossa história**, p. 36.

³⁶⁷ No que tange a esse descompasso e a necessidade de regulação do desenvolvimento científico, com acerto assevera Raposo: “O direito caminha e a ciência galopa”. RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 1095.

³⁶⁸ BARBOZA, Heloísa Helena – **Princípios da Bioética e do Biodireito**, p. 211/214.

³⁶⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e biodireito**, p. 28.

O princípio da precaução dirige-se à incerteza do conhecimento científico e diz respeito à cautela na utilização de descoberta científica cujos riscos são desconhecidos, à vista da mera probabilidade de danos, cuja gravidade e irreversibilidade, obstam a prática do ato.³⁷⁰

Já o princípio da responsabilidade, sua conotação jurídica está relacionada com o dever jurídico que recai sobre a pessoa, com vistas à satisfação de obrigações pactuadas ou de arcar com as sanções legais por havê-las descumprido.

O princípio da precaução e o da responsabilidade são caminhos diferentes que convergem para um mesmo ponto, isto é, a proteção da pessoa humana. Enquanto a precaução visa evitar o comportamento que possa causar danos, conhecidos e esperados a responsabilidade atua após concretizada a lesão^{371 372}.

3.3. A reprodução humana medicamente assistida: do mito à realidade

A reprodução assistida em humanos já habitava o mundo da fantasia desde a Grécia clássica. A mitologia grega atribui a Zeus o protagonismo da primeira inseminação artificial.³⁷³ Registra a lenda que Dânae, filha de Acrísio teria sido presa pelo pai em uma torre de bronze para que não engravidasse porque o filho que viesse a nascer seria assassino do avô. Zeus, então, transforma-se em uma chuva de ouro e fecunda Dânae que dá à luz Perseu.³⁷⁴

Remonta a séculos, o desejo do homem de intervir no processo biológico da reprodução, com vistas a assegurar a perpetuação da espécie. Essa meta, no entanto, somente converteu-se em realidade, a partir do século XX quando, à possibilidade da organização sistemática de conhecimentos de anatomia, uniram-se descobertas de fatores de natureza imunológica, bioquímica e genética que circundam esse complexo tema.³⁷⁵

As pesquisas foram avançando, tendo início o experimento em humanos de algumas técnicas utilizadas em animais e de procedimentos desenvolvidos para esse fim, facilitados pela descoberta de técnicas cirúrgicas que possibilitaram corrigir malformações ou moléstias que impediam a reprodução e pelo lançamento por indústrias farmacêuticas de drogas

³⁷⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e biodireito**, p. 29.

³⁷¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 30.

³⁷² Hoje é amplamente discutida no contexto da Europa Ocidental, a teoria da responsabilidade pelos riscos desconhecidos, apontados como um dos perigos que acompanham a nanotecnologia, o desenvolvimento de aplicativos, a engenharia genética, dentre outros, tema esse cujo debate é ainda incipiente no Brasil. CLEMENTE, Gabriela Trindade – Responsabilidade civil, genética e riscos desconhecidos: responsabilidade civil em saúde. In PEREIRA, André Gonçalves Dias et. al. – **Responsabilidade Civil em Saúde**, p. 466.

³⁷³ DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**, p. 19.

³⁷⁴ BARBAS – **Direito ao património genético**, p. 27.

³⁷⁵ MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de direito da bioética. Vol. III**, p. 121.

capazes de induzir a ovulação, impulsionando sobremaneira o avanço das técnicas reprodutivas. Contudo, foi a bem-sucedida experiência de fertilização *in vitro* que conferiu à procriação assistida um espantoso salto, viabilizando o desenvolvimento de muitas técnicas que a utilizam como etapa inicial.³⁷⁶

O espetacular progresso da Biotecnologia propicia ao homem o fantástico feito de se tornar o único ser capaz de interferir na evolução de sua própria espécie³⁷⁷, levando ao ápice o domínio do homem sobre a natureza. O espantoso desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, que têm alcançado um nível de sofisticação cada vez mais elevado, vem possibilitando a superação de vários obstáculos que se contrapõem à concretização do projeto parental das famílias.

Em apertada síntese, pode-se definir reprodução assistida como sendo a intervenção médica, com recurso a métodos e técnicas e mediante a utilização de gametas e embriões que tem por objetivo primordial facilitar a fecundação humana, com vistas à procriação, em hipóteses em que a infertilidade ou esterilidade dificultam ou impedem a realização do desejo de formar uma prole, pelos meios naturais³⁷⁸.

Ainda hoje, alguns segmentos da sociedade mantêm reservas em relação à procriação medicamente assistida, por considerá-la uma inconveniente intromissão tecnológica do homem na natureza, lançando em sua direção inúmeras objeções das mais variadas ordens³⁷⁹, potencialmente maiores quando se trata de uma reprodução heteróloga contra a qual posições mais conservadoras argumentam haver uma interferência de terceiros na intimidade do casal e fragmentação da unidade procriativa e, no caso da fertilização *in vitro*, acresce-se a objeção quanto à destruição de embriões excedentários.³⁸⁰

Ao mesmo tempo em que a comunidade científica festeja as conquistas alcançadas no âmbito da reprodução assistida, emerge a preocupação com o risco de manipulações genéticas, a prejudicar não só o ser por nascer como o futuro da espécie, propriamente dita. Não por outra razão, o primeiro centro de investigação em Bioética foi fundado por um obstetra, o médico André Hellegers, em Washington, no ano de 1972³⁸¹.

³⁷⁶ MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de direito da bioética. Vol. III**, p. 121-122.

³⁷⁷ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 13.

³⁷⁸ MORAES, Carlos Alexandre – **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**, p. 67.

³⁷⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 130.

³⁸⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 131.

³⁸¹ MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, Joé de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 122.

Malta observa que foi da interconexão entre Fisiologia, Genética e Obstetrícia que surgiram os primeiros questionamentos acerca da legitimidade de certas intervenções e continua a ser nesse domínio que se concentram os maiores debates e divergências.³⁸² Bem a propósito, pontua Clarke, a preocupação que permanece atual é a proteção da espécie humana contra eventuais tentativas de alteração do patrimônio hereditário.³⁸³

De fato, razões para preocupações sobejam no universo da reprodução assistida. Veja-se a impactante notícia recém veiculada segundo a qual cientistas britânicos, após dez anos de pesquisas, conseguiram fabricar um embrião “sintético” de camundongos. Os pesquisadores lograram reproduzir o processo natural de formação de embriões, a partir de células-tronco retiradas da pele dos animais que se diferenciaram em células do tecido do embrião, do saco gestacional e da placenta que foram cultivadas em um mesmo recipiente³⁸⁴.

O resultado da experiência foi a formação de um embrião, com todos os seus órgãos, prescindindo de óvulo e espermatozóide.³⁸⁵ Tudo indica que, daqui a um certo tempo, quando técnicas desse tipo estiverem em condições de serem desenvolvidas em humanos, esse debate ético estará na ordem do dia, a inquietar a comunidade científica e a sociedade em geral. Necessário manter um estado de vigilância, pois como bem adverte Barbas: “Por definição, a ciência não tem limites nem alma”³⁸⁶, mas é ao Direito, em última instância, que incumbe, de modo imperativo, definir comportamentos e delimitar as fronteiras.

Numa breve digressão histórica, há registro de que a primeira tentativa de inseminação artificial em humanos ocorreu em 1494³⁸⁷, na rainha Joana, de Portugal, esposa do rei de Castela, Henrique IV, “o Impotente”, cujo cognome sugere que fosse também estéril e talvez esse tenha sido o motivo do insucesso.³⁸⁸ Entretanto, tem-se confirmada como a primeira inseminação exitosa a realizada por Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, no ano de 1785³⁸⁹, que conseguiu fecundar sua mulher estéril, por meio de uma injeção intravaginal contendo seu próprio esperma³⁹⁰.

³⁸² MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, Joé de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 122.

³⁸³ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 274.

³⁸⁴ HOLCOMBE, Madeline – Embrião sintético, sem esperma ou óvulo, pode mudar tratamentos de infertilidade, [em linha].

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 38.

³⁸⁷ MORAES, Carlos Alexandre – **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**, p. 64.

³⁸⁸ DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**, p. 18-19.

³⁸⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 28.

³⁹⁰ DUARTE, Tiago – *Op. Cit.*, p. 20.

Já a primeira inseminação heteróloga remonta a 1884, um século mais tarde, e é atribuída ao ginecologista Pancoast, nos Estados Unidos a que se seguiu, dois anos mais tarde, a criação de bancos de sêmen, naquele País.³⁹¹

Somente em 1944 foi realizada a primeira tentativa de fertilização *in vitro* em humanos que resultou no congelamento de dois embriões. As pesquisas prosseguiram até que três anos depois os cientistas obtiveram sucesso na transferência de ovo fertilizado criopreservado, ao que se seguiu a experiência exitosa de congelamento de embrião na fase pré-implantacional, não decorrendo disso prejuízo para seu desenvolvimento posterior.³⁹²

Os anos 60 e 70 foram decisivos para o aperfeiçoamento da técnica de fertilização *in vitro*. Finalmente, em julho de 1978, a procriação medicamente assistida experimentou uma verdadeira revolução copernicana com o emblemático nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown. Os cientistas venceram o desafio e provaram ao mundo que a fecundação fora do útero da mãe era possível³⁹³.

A fertilização *in vitro* foi um verdadeiro divisor de águas, no universo da reprodução assistida. A despeito das acirradas discussões em torno do destino a ser dado aos embriões excedentários, relacionadas com a sua natureza jurídica, abriu caminho para o desenvolvimento de muitas outras técnicas, tais como a gestação de substituição, o diagnóstico genético pré-implantacional, permitindo, ainda a constituição da parentalidade, mesmo após um dos autores do projeto parental haver falecido, como no caso da reprodução *post mortem*³⁹⁴.

3.4. Classificação da procriação medicamente assistida

A reprodução humana assistida admitida, ao redor do mundo, é limitada à reprodução sexuada, resultado da fusão de óvulo e espermatozoide ou, em outras palavras, do encontro entre dois patrimônios genéticos. Segundo as Teoria evolucionistas, a diversidade de formas e comportamentos alcançadas pela reprodução sexuada é o único meio de garantir a evolução da espécie, possibilitando a sua perenidade, independente das condições do ambiente e assegurar a biodiversidade que trabalha a favor da conservação da espécie é um dos motivos pelo qual não se admite a aplicação de técnica reprodutiva assexuada em humanos.³⁹⁵

³⁹¹ MORAES, Carlos Alexandre – **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**, p. 64.

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ *Idem* – **Op. Cit.**, 65.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 23-25.

Por essa razão, a divisão que se passa a trabalhar e que facilitará a compreensão das matérias a seguir abordadas limitar-se-á à reprodução sexuada. Seguindo esse parâmetro, a procriação assistida pode ser dividida em dois grandes grupos, orientando-se por dois critérios: o local onde ocorre a fecundação e a procedência dos gametas.

A reprodução assistida sexuada divide-se em duas categorias, sendo elas “*in vivo*” e “*in vitro*”, a distinguir, respectivamente, aquelas em que a fecundação ocorre dentro do útero materno³⁹⁶, por inseminação com o gameta masculino (espermatozoide) de outras em que a fecundação se realiza fora do organismo feminino, resultado da fusão entre os gametas masculino e feminino (óvulo) em placa de Petri, com posterior transferência de embriões para o útero da mulher³⁹⁷.

Se tomado como critério a proveniência do material genético utilizado no procedimento, a reprodução será homóloga, caso o material genético pertença a ambos os titulares do projeto de parentalidade, em se tratando de um casal, e, nesse caso, resultará numa filiação biológica, consanguínea³⁹⁸; será heteróloga, se apenas um dos membros do par conjugal contribuir com gameta, estabelecendo-se, nessa hipótese, uma filiação consanguínea, de um lado e, de outro, socioafetiva; e, em uma terceira situação, se não é utilizado ovócito ou sêmen de qualquer deles, a filiação será cem por cento socioafetiva, assemelhando-se a uma adoção bilateral.

3.5. A autonomia reprodutiva: o desejo de ter um filho versus o direito a um filho

O conceito de autonomia da Revolução burguesa até o surgimento do Estado democrático de direito esteve sujeito a variações significativas. O sentido de autonomia introduzido no universo jurídico pela doutrina moderna liberal, sob inspiração do ideal revolucionário, notadamente no pensamento kantiano, estava relacionado com a liberdade da pessoa de determinar sua própria lei que pressupunha a não-intervenção do Estado em assuntos da vida privada dos particulares (liberdade negativa).³⁹⁹

Esses foram os fundamentos teóricos da autonomia da vontade que sujeitava a autonomia ao arbítrio da vontade, a propiciar a utilização da liberdade em prol dos interesses

³⁹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***. p. 386.

³⁹⁷ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 390-393.

³⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 385.

³⁹⁹ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele – Autonomia e solidariedade. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (coord) – **O Direito Civil: entre a autonomia e a pessoa**, p. 98-99.

individuais, divorciada de qualquer preocupação com o equilíbrio nas relações entre os materialmente desiguais⁴⁰⁰.

Terminada a Primeira Guerra Mundial, no século XIX, as devastadoras consequências da Revolução Industrial, decorrentes especialmente do ambiente desumano de trabalho e exploração da mão de obra operária nas indústrias e das condições precárias de moradia nos centros urbanos, por influência da doutrina socialista, fizeram eclodir movimentos por justiça social que, ao final, favoreceram o surgimento do *Welfare State*⁴⁰¹.

Iniciam-se novos tempos que exigiram, em nome da solidariedade social, a introdução da heteronomia, limitando a autonomia contratual para proteção da parte mais vulnerável. A autonomia voluntarista cede lugar à autonomia privada marcada pela dicotomia público-privado que se estabelece a partir de então⁴⁰².

Com o advento do Estado democrático de direito, repersonificado o direito, o cidadão deixa de ser o proprietário para ser a pessoa e a liberdade associa-se à autodeterminação com viés existencial, vinculada a escolhas por meio das quais a pessoa forma sua própria identidade, individualizando sua dignidade⁴⁰³. Materializado o sujeito, a preocupação passa a ser o livre desenvolvimento da personalidade⁴⁰⁴.

A autonomia dirigida à promoção de situações subjetivas existenciais correlaciona-se com a responsabilidade e requer que a pessoa possua plenas condições de discernimento, aptidão para compreender o significado do ato tanto quanto de seus efeitos, satisfazendo a inexorável equação que se manifesta no enunciado: autonomia equivale a discernimento e responsabilidade⁴⁰⁵. A autonomia existencial situa-se entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, tendo contornos de ambas, a condicionar a realização do desejo individual à satisfação de normas de interesse público, com vistas a resguardar direitos de pessoas vulneráveis.⁴⁰⁶

No âmbito das relações familiares, o conteúdo da autonomia existencial, merece cuidadoso exame, necessitando ser analisada sob dupla perspectiva: a que se refere às relações conjugais que, por envolver pessoas em patamar de igualdade, comporta um exercício de autonomia mais largo e as relativas à parentalidade, em que há uma inequívoca desigualdade

⁴⁰⁰ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele – Autonomia e solidariedade. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (coord) – **O Direito Civil: entre a autonomia e a pessoa**, p. 99.

⁴⁰¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 102-103.

⁴⁰² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 99-100.

⁴⁰³ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele – Autonomia e solidariedade. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (coord) – **O Direito Civil: entre a autonomia e a pessoa**, p. 109.

⁴⁰⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 108.

⁴⁰⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 107-108.

⁴⁰⁶ HOLANDA, Maria Rita de – **Parentalidade: entre a realidade social e o Direito**, p. 204.

entre papéis de pais e filhos, estes sujeitos àqueles, a clamar a proteção estatal para defesa de seus interesses, nos casos de colisão de conflitos de interesse, em que prevalecem as normas cogentes e a vontade sofre mais limitação⁴⁰⁷.

A partir dessas premissas, o indivíduo, enquanto sujeito autônomo, pode livremente exercer seu direito de formar uma família, desde que não se descure de que terá que fazê-lo, num contexto de responsabilidade e respeito com a condição de sujeito do filho que pretende trazer à luz, titular de sua própria dignidade, um fim em si mesmo tal qual seus pais, com direito também à sua própria identidade.

Vem a calhar a percuciente observação de Campos no sentido de que o dogma da vontade, oriundo das relações comerciais não pode ser transportado para esse domínio, a permitir que o nós solidário seja oculto pelo eu absoluto, no agir predatório do tu⁴⁰⁸, mas, ao contrário o tu deve ser sempre o limite do eu.⁴⁰⁹

A tutela da intimidade da vida privada há de ser compatibilizada com valores fundamentais comuns que compõem a moldura ética e moral em que se ampara a norma. E nesse contexto, providencial a distinção feita por Neves⁴¹⁰, para quem o direito de constituir família assume uma conotação de um direito negativo de não interferência estatal, a tornar viável que o desejo de ter um filho possa ser realizado por meio do exercício da autonomia, mas não se confunde com o direito a um filho, a qualquer preço e sob qualquer condição, como se tratasse da aquisição de um objeto, violando regras que são imperativos de ordem pública.

Quer dizer também que o direito ao livre planejamento familiar não é absoluto, mas ao contrário, tem como condicionante um feixe de valores superiores correlatos ao respeito à dignidade dos filhos, à sua liberdade de agir, sua livre formação e sua integridade física, mental e moral.⁴¹¹

A inafastável correspondência entre a autonomia reprodutiva que torna possível a fruição do direito de constituir uma prole e a assunção de responsabilidade parentais, é enfatizada com precisão cirúrgica no acórdão, prolatado pela Terceira Turma do STJ (Resp1159242-SP) que ressalta o dever de cuidado decorrente da liberdade de formar uma prole ou de adotar que, para além do proporcionar condições de subsistência aos filhos, deve estar comprometido como já referido no capítulo anterior, que merece parcial transcrição:

⁴⁰⁷ HOLANDA, Maria Rita de – **Parentalidade: entre a realidade social e o Direito**, p. 204.

⁴⁰⁸ CAMPOS, Diogo de Leite – A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre os dados. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 80.

⁴⁰⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 85.

⁴¹⁰ NEVES, Maria do Céu Patrão – Mudam-se os tempos, manda à vontade. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 133.

⁴¹¹ HOLANDA, Maria Rita de – **Parentalidade: entre a realidade social e o direito**, p. 204.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, *com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.*

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que *deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.*⁴¹²

Por fim, a reprodução assistida há de ser compreendida num contexto de propagação da vida humana, a merecer proteção a partir da concepção, que tem início no momento em que o novo ser adquire seu próprio genoma, tornando-se “geneticamente único, irrepetível e autónomo”⁴¹³, a conquistar sua identidade genética. Por consequência, os participantes do projeto parental convertem-se em responsáveis pela nova vida em formação, cujos interesses adquirem primazia sobre quaisquer outros, sob pena de o embrião ou a pessoa nascida ser instrumentalizada, coisificada, reduzida em sua particular dignidade humana.

3.6. A procriação medicamente assistida: enquadramento legal e aspectos gerais

No continente europeu, a PMA encontra-se fartamente regulamentada por lei, divergindo as legislações dos Estados, quanto à rejeição de algumas técnicas ou à imposição de restrições à utilização das técnicas reprodutivas, em virtude de condições pessoais dos beneficiários⁴¹⁴.

Embora muito haja a ser dito a respeito da PMA, sob pena de se desviar do objetivo desse trabalho, limitar-se-á a realizar o enquadramento da PMA nos respectivos sistemas normativos de Portugal e do Brasil, com breves considerações gerais acerca da disciplina atribuída por ambos os Países, dando-se ênfase aos aspectos éticos e jurídicos mais importantes.

A Procriação Medicamente Assistida em Portugal encontra-se disciplinada na Lei nº 32/2006⁴¹⁵. O legislador infraconstitucional seguiu fielmente o comando emanado do art. 67, letra e da Constituição da República Portuguesa (CRP) que atribuiu ao Estado o dever de

⁴¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial 1159242 SP 2009/0193701-9**, 24 de abril de 2012, [em linha].

⁴¹³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**, p. 74.

⁴¹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **Dá-me licença que tenha filhos?: Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**, p. 5.

⁴¹⁵ LEI n.º 32, de 26 de julho de 2006, [em linha].

regulamentar a reprodução assistida, como meio de realização pessoal dos integrantes de famílias com dificuldades reprodutivas.

Assim, o referido diploma legal, logo no art. 3.º, n.º 1 estabeleceu que as técnicas deveriam respeitar a dignidade humana de todos os envolvidos, atendendo ao zelo do constituinte que impôs o limite da salvaguarda da dignidade humana, atento ao imprescindível respeito à humanidade intrínseca do futuro ser que, em hipótese alguma, poderá ser tratado como mero objeto de satisfação do desejo de seus genitores.

Trata-se de procedimento médico⁴¹⁶ que somente pode ser realizado por clínicas especializadas, com autorização expressa do Ministério da Saúde. A lei atribuiu ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) a superintendência e fiscalização da utilização das técnicas, assim como a centralização de todas as informações importantes, especialmente o registro de dadores, dos beneficiários e das crianças, em conformidade com o art. 30.º, do citado diploma legal.

As técnicas de PMA são, em realidade, métodos subsidiários de reprodução (art. 4.º, n.º 1) que, de início, eram utilizadas, apenas no tratamento da infertilidade ou tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doença genética, infecciosa, dentre outras (art. 4.º, n.º 2 e 3).

Nesse aspecto, necessário destacar que, apesar de tratadas indistintamente, esterilidade e infertilidade são situações diferentes⁴¹⁷. A primeira, refere-se à impossibilidade de procriar e a segunda, à dificuldade reprodutiva. Essa distinção provoca acirradas discussões quanto às reproduções heterólogas, em que gametas ou embriões são utilizados nos casos de esterilidade e não caracterizam tratamento, propriamente, porque não curam a incapacidade reprodutiva⁴¹⁸.

Em que pese do ponto de vista estritamente técnico haja razões que justifiquem o debate, de outra banda, vale trazer à consideração o argumento que se extrai do Relatório Warnok, citado por Leite que, num paralelo entre a reprodução assistida e a adoção, identifica em ambas os mesmos fundamentos legitimadores do projeto parental, alinhando-as como alternativas à procriação por meio do processo biológico natural. Refere o autor: “Nascida da

⁴¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – **Direito à Imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 1096.

⁴¹⁷ A esterilidade é a condição absoluta de não poder procriar, enquanto a infertilidade refere-se a redução da capacidade reprodutiva. MORAES, Carlos Alexandre – **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**, p. 66.

⁴¹⁸ Serrão considera que a infertilidade de um casal não se transforma em fecundidade pelo simples fato de receber gameta alheio. SERRÃO, Daniel *apud* CAMPOS, Diogo de Leite – A procriação medicamente assistida e o sigilo do dador. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.**, p. 86.

mesma inspiração, disse o estudo do Conselho de Estado francês, procedendo da mesma finalidade, ela se oferece a título complementar, como um novo substituto da filiação pelo sangue e como recurso subsidiário em relação à adoção.”⁴¹⁹.

Acresça-se a esse argumento o fato de que a reprodução heteróloga poderia assegurar, se não 100% pelo menos 50% do patrimônio genético do par, formando laços biológicos com um de seus integrantes, ao contrário do que ocorre na adoção em que é nula essa chance⁴²⁰.

Merece destaque, também, a alteração legislativa introduzida cerca de dez anos mais tarde na lei portuguesa que acrescentou o n.º 3 ao artigo 4º, a permitir que as mulheres pudessem utilizar as técnicas de PMA, prescindindo do diagnóstico de infertilidade. Ou seja, às mulheres restou amplamente assegurado o recurso às técnicas reprodutivas, independentemente do estado civil ou casamento/da união de facto ser com pessoa de sexo diferente ou não (art. 6.º, n.º 1).

Em compensação, aos homens solteiros ou em convivência com pessoa de igual sexo, foi negado o direito de aceder às técnicas de reprodução assistida, em que pese já lhes seja permitido adotar. Não se nos afigura legítima essa desequiparação que alija pessoas do sexo masculino do exercício de seus direitos reprodutivos, porquanto não se consegue encontrar justificativas racionais para tanto ou um fundamento lógico que autorize essa discriminação. Renomados juristas portugueses têm se posicionado nesse sentido, como Raposo⁴²¹ e Novais.⁴²²

O Brasil, por sua vez, sequer possui norma jurídica regulando a Reprodução Assistida, deixando ao encargo do Conselho Federal de Medicina (CFM) dispor sobre o tema, o que vem sendo feito desde 1992. Nos últimos anos, normas emanadas do Conselho Nacional

⁴¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira – **Procriações artificiais e o Direito**, p. 146.

⁴²⁰ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 23.

⁴²¹ Juristas de quilate divergem desse entendimento. Vera Lúcia Raposo, por exemplo, após examinar os argumentos expendidos contra a utilização por homens nessas condições, conclui que “Note-se que face àqueles que vivem em condições análogas às dos cônjuges o legislador sentiu necessidade de especificar que teriam que ser pessoas de sexo distinto, ao passo que no caso do casamento o legislador não introduziu especificação alguma, ou seja, não esclareceu se o casamento seria entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo distinto, dado que à data o ordenamento jurídico português apenas admitia o casamento entre pessoas de sexo distinto.”. RAPOSO, Vera Lúcia – **Dá-me licença que tenha filhos?: Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**, p. 12.

⁴²² Igualmente, insurge-se contra essa exclusão Jorge Novais, invocando o Parecer nº 63, do Conselho Nacional de Ética para Ciências da Vida (CNECVV) que, ao examinar a situação assim se manifestou: “No entanto, quando o Estado não apenas seleciona de forma discriminatória o acesso aos serviços que presta, como proíbe e sanciona pessoas por recorrerem às técnicas de PMA, mesmo recorrendo a recursos próprios e meios privados, deve, dada a importância e gravidade da afetação das opções e da autonomia das pessoas abrangidas pela exclusão e pela proibição, apresentar uma justificação ponderosa para o fazer. No caso, esta condição não parece, até ao momento, satisfeita”. NOVAIS, Jorge Reis – **Dignidade da pessoa humana, Vol. II.**, p. 129.

de Justiça (CNJ)⁴²³ têm regulamentado a constituição do vínculo parental e o procedimento para registro de nascimento dos filhos nascidos com recurso a essas técnicas. Nesse passo parece apropriado mencionar a observação de Albuquerque: “Lamentavelmente o Brasil que, desde o início de sua história constitucional, afina-se com o constitucionalismo português, deixou de incluir no texto constitucional regra similar à cristalizada na Constituição do País coirmão (PORTUGAL, 2016), no art. 67, letra “d”, no sentido de conferir ao Estado a obrigação de “[...] regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana [...]”. Perdeu-se com isso a oportunidade de pressionar o legislador a editar a norma legal, quem sabe, até por meio de Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista na Carta Magna brasileira, ressaltando-se, por influência da Constituição portuguesa.”^{424,425}

Alguns esforços foram empreendidos para ser obtida uma disciplina legislativa sobre o tema⁴²⁶, porém o Parlamento, a arena própria para sediar esse debate democrático que versa sobre direitos da maior envergadura, está renunciando a seu mister constitucional, relegando a órgãos administrativos fazê-lo, os quais, por mais respeitáveis que sejam, não tem a estatura suficiente para legislar acerca da proteção desses direitos.

A precária disciplina normativa brasileira resume-se a três incisos de um único artigo que o Código Civil em vigor dedica ao assunto, ao tratar da presunção de filiação (art. 1.597.º, III-V), e ainda assim, o faz de forma confusa e com impropriedade técnica, ao se referir às técnicas reprodutivas, tratando-as sem qualquer critério, ora como fecundação artificial ora concepção artificial e ainda, inseminação artificial.⁴²⁷ O destino dos embriões excedentários, da mais elevada importância, por exemplo, é contemplado na Lei de Biossegurança.⁴²⁸

⁴²³ A propósito, menciona-se o Provimento n.º 63/ 2017, uniformizando o registro dos filhos nascidos por PMA e emissão de certidão de nascimento em todo o território brasileiro. CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA – **Provimento n.º 63, de 14 de novembro de 2017**, [em linha].

⁴²⁴ PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo luso-brasileiro**, p. 16 *apud* ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de – Uma breve reflexão sobre a reprodução assistida *post mortem* homóloga e seus efeitos no estabelecimento da parentalidade e no Direito Sucessório, p. 282.

⁴²⁵ ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de – Uma breve reflexão sobre a reprodução assistida *post mortem* homóloga e seus efeitos no estabelecimento da parentalidade e no Direito Sucessório, p. 282.

⁴²⁶ Refere-se aos Projeto de Lei 90, de 199, convertido em Projeto de Lei 1184, de 2003, ao qual restaram apensados os Projetos de Lei 2.855, de 1997; 4.664, de 2001; 4.665 de 2001; 6.296 de 2002; 120/2003; 1.135, de 2003; 2.061, de 2003; 4.686, de 2004; 4.889, de 2005; 5.624, de 2005; 3.067, de 2008; 7.701, de 2010; 3.977, de 2012; 4.892, de 2012; 115, de 2015; 7.591, de 2017; 9.403/ 2017; 1.218, de 2020; 4.178/2020; 299, de 2021 e 3.996/2021. **PROJETO de Lei 1184, de 03 de junho de 2003**, [em linha].

⁴²⁷ A confusão terminológica que se depreende do dispositivo citado, levou à elaboração do Enunciado 105, do Conselho da Justiça Federal (CJF), assim vazado: “As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial “constantes, respectivamente, dos incisos III, IV, V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”.

⁴²⁸ LEI n.º 1105, de 25 de março de 2005, art. 5.º, [em linha].

A Resolução n.º 2.320/2022, editada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e publicada no Diário Oficial da União de 20 de setembro de 2022, é a norma ética que regula esses procedimentos. A norma destaca o papel auxiliar das técnicas no processo de procriação, disponibilizada tanto aos que não obtiveram êxito pelo processo natural da reprodução, como também aos que foram compelidos a adiar a concretização do projeto parental em razão de doença, em virtude de tratamento que acarreta infertilidade, a exemplo dos oncológicos.

Igualmente podem se beneficiar dessas técnicas as mulheres que se viram obrigadas a postergar a maternidade, premidas por exigências de uma carreira, reduzindo as possibilidades de uma gravidez no futuro, devido à idade. De igual modo, as pessoas com doenças genéticas transmissíveis também podem utilizá-las, dentre outras possibilidades.

A recém revogada Resolução n.º 2.294/2021 incluía como beneficiários, também, os homossexuais de qualquer sexo, independente de seu estado civil, e transgêneros (Anexo, II, 2), condição denominada de infertilidade social⁴²⁹. Contudo, a atual, publicada na imprensa oficial em 20 de setembro, ao definir os pacientes da técnica, não manteve expressa menção aos transgêneros, fazendo alusão apenas à união homoafetiva, omissa quanto as pessoas sem parceiros.

Afigura-se que a omissão da atual, decorre de mero lapso, ao invés de um deliberado retrocesso porque, negar o acesso a pessoas homossexuais sozinhas, importaria desvalorizar a constituição de famílias monoparentais, que incluem o rol exemplificativo de entidades familiares, previsto no art. 226.º § 4.º, da CF.

Ao mesmo tempo, não se considera provável que haja dúvida de que o acesso às técnicas continua sendo permitido aos transgêneros, até porque opção nesse sentido colidiria com a tendência à inclusão social que supõe, no Direito brasileiro, a extensão a essa parcela da sociedade dos mesmos direitos reconhecidos às pessoas heterossexuais⁴³⁰.

No que concerne à utilização das técnicas de reprodução por casais do mesmo sexo, merece destaque que a Resolução prevê a gestação compartilhada em união homoafetiva⁴³¹ feminina, em que o embrião é fecundado com o óvulo de uma mulher e transferido para o útero da outra, nos termos previstos no Anexo, II, n.º 2.

⁴²⁹ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna – **Aspectos jurídicos da reprodução assistida**, p. 36.

⁴³⁰ Oportuno citar a tese definida referente ao Tema 761, no julgamento do RE 670.422: “I O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário n.º 670.422, de 11 setembro de 2014**, [em linha].

⁴³¹ O termo homoafetividade foi cunhado pela jurista brasileira Maria Berenice Dias, autora do livro *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*, para designar a condição de alguém que tem atração por pessoas do mesmo

A autonomia dos participantes das técnicas de PMA, em Portugal, é materializada no Termo de Consentimento livre e esclarecido, padronizado pelo CNPMA⁴³² assinado diante do médico responsável, previamente ao início do procedimento.

Os beneficiários são informados, por escrito, de benefícios, riscos e chances de sucesso na utilização das técnicas, assim como das repercussões éticas jurídicas e sociais, em observância ao princípio da autonomia que norteia a Bioética, em conformidade com a Lei n.º 32/ 2006. A regra atende, ademais, a preceitos que se encontram consagrados nos arts. 5.º e 6.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

No Brasil, a Resolução prevê a assinatura pelos participantes da reprodução assistida de Termo de Consentimento, após serem informados, com detalhes, acerca dos aspectos médicos que envolvem as técnicas a serem empregadas e dos resultados que têm sido obtidos naquele serviço. É dever do médico na relação com o paciente prestar todas as informações necessárias, para orientá-lo na sua escolha verdadeiramente livre, cuja decisão, manifestação de sua autonomia, deve ser acatada.

As informações abrangem, ainda, aspectos jurídicos, biológicos e éticos, a serem discutidos com as partes envolvidas, que só, então, devem ter sua vontade sacramentada em termo de consentimento, lavrado em formulário especial, produzido por cada unidade, no qual devem ser apostas suas assinaturas conforme expressa previsão na norma deontológica. (Anexo, I, n.º 4).

A importante diferença da sistemática adotada em um e outro País é que, no caso português, os termos de consentimento estão sujeitos ao controle estatal, por meio do CNPMA que tem entre suas missões a aprovação desses documentos, nos termos do art. 30.º, letra h. No caso brasileiro, fica a cargo de cada centro de reprodução.

As normativas de ambos os Países não admitem a utilização das técnicas com outro propósito que não seja reprodutivo, assim como vedam a clonagem humana, a formação de seres híbridos e quimeras, a seleção de embriões baseada no sexo, somente possível com vistas a evitar doença relacionadas a sexo determinado. Igualmente, ambas rechaçam qualquer escolha que vise à melhoria de raça. (art. 7.º, da Lei nº 32, de 2006 e Anexo, I, n.º 5 e 6, da Resolução 2.320, de 2022, c/c art. 15, do Código de Ética Médica Brasileiro).

sexo. A intenção da jurista era propor uma nova nomenclatura para se referir a essa situação, que não trouxesse consigo as marcas do preconceito.

⁴³² CONSELHO NACIONAL DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA – **Consentimento informado**, [em linha].

3.6.1. A reprodução heteróloga e alguns de seus debates bioéticos à luz da disciplina luso-brasileira

Na reprodução heteróloga, a autonomia de disposição do corpo desperta um grande debate ético que diz respeito ao temor da reificação do corpo, que viola a dignidade humana e o expõe ao risco de ser convertido em matéria-prima, verdadeiro bem de comércio, a exigir redobradas cautelas pela ameaça do assombroso rapto de pessoas, com a finalidade de retirada de órgãos e comercialização para utilização em transplantes.⁴³³

Ambos os Países, em suas respectivas disciplinas normativas, afastam esse temor, consagrando a gratuidade. Portugal expressamente proíbe a compra ou venda de óvulos, sêmen ou outro material biológico que resulte do emprego dessas técnicas, conforme dispõe o art. 18.º da lei respectiva, observando o art. 21 da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) que estatui a vedação de que o corpo humano e suas partes não podem ser fonte de lucro, ratificada pelo art. 3.º, n.º 2, alínea c, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e, ainda, o art. 4.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Já a Resolução brasileira, em seu Anexo IV, n.º 1 estatui que a doação de gametas e embriões não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, enquanto a Lei de Biossegurança veda o comércio de células-tronco embrionárias (art. 5.º § 3.º), respeitando também a proibição de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias, estabelecida no 199 § 4.º, da CF.

Ou seja, em Portugal e no Brasil, a reprodução heteróloga é admitida num contexto de solidariedade, de mero altruísmo do terceiro que deseja colaborar para que uma família concretize seu projeto parental. É solidariedade, com o mesmo viés humanista, que torna aceitável a doação de órgãos, e que só por isso torna tolerável a fragmentação, a desmontagem do corpo.^{434,435}

Contudo, afasta-se diametralmente a disciplina de um e outro Estado no que diz respeito à proteção ao direito do filho nascido de reprodução heteróloga de conhecer sua ancestralidade. Enquanto Portugal pôs fim ao anonimato dos doadores de gametas ou embriões, assegurando aos filhos a partir de 18 anos o direito a informações sobre a identidade dos doadores, a saber, seu nome completo (art. 15.º, n.º 2 e 4)⁴³⁶, e a partir de 16 anos informações

⁴³³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 256.

⁴³⁴ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 253.

⁴³⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 256.

⁴³⁶ Os termos de consentimento utilizado em casos de doação de óvulos, espermatozoide ou transferência de embriões, com contribuição genética de doadores, por exemplo, expressamente informam: “As pessoas nascidas

para verificação de impedimentos legais para fins de casamento (n.º 3), junto ao CNPMA , a norma deontológica que regula a PMA, no Brasil, consagra o sigilo (Anexo, IV, n.º 4), ocultando do filho o direito a conhecer a identidade de seu(s) ascendente(s) genético(s), limitando-se a permitir em virtude de motivo médico fornecer informações a médicos, protegida a identidade dos doadores.

3.6.2. As técnicas de PMA em espécie

A PMA realiza-se por meio da aplicação de técnicas aprovadas por leis ou normas deontológicas de cada País. A seguir serão listadas algumas delas, aceitas no Brasil e em Portugal, com acréscimo da substituição mitocondrial já aprovada no Reino Unido e na Austrália e da clonagem humana, que permanece proibida no mundo todo, mas que se registra, por ser, em tese, possível.

3.6.2.1. Inseminação artificial

A inseminação artificial, por vezes denominada de fertilização *in vivo*⁴³⁷ dentre todas, é a mais simples das técnicas de reprodução assistida,⁴³⁸ da qual resultam poucos efeitos colaterais e, por isso mesmo, é a que se apresenta como a primeira opção para tratamentos de infertilidade masculina ou feminina.

A técnica consiste na coleta do sêmen do marido/companheiro ou de terceiro doador para posteriormente introduzi-lo no trato genital feminino, por meio de uma seringa, visando à fecundação dentro do corpo da mulher. Tanto pode ser usado sêmen fresco, que alcança maiores índices de sucesso na fecundação, como congelado,⁴³⁹ sendo muito utilizada

em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões podem obter, junto dos competentes serviços de saúde, informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como obter junto do CNPMA informação sobre a identificação civil do dador/a, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos. Em caso algum os dadores poderão ser havidos como progenitores das crianças nascidas com a utilização destas técnicas (n.º 2 do artigo 10.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”. CONSELHO NACIONAL DE PROcriação medicamente assistida – **Consentimento informado**, [em linha].

⁴³⁷ AUGUSTO, Daniela Moreira – **Inseminação artificial post mortem e questões sucessórias decorrentes**, p. 35.

⁴³⁸ Existem dois tipos de inseminação artificial: a inseminação artificial intracervical que se caracteriza pela colocação do esperma no colo do útero da mulher, como acontece por ocasião da ejaculação; e a inseminação artificial intrauterina, em que os espermatozoides passam por um teste de qualificação e, após selecionados, são colocados dentro do útero materno. FRANTZ, Nilo – **O que é e como funciona a inseminação artificial?**, [em linha].

⁴³⁹ A eficiência do congelamento de sêmen nos dias de hoje, permitiu que em 2009, na Carolina do Norte, tivesse nascido uma criança, concebida com o emprego de sêmen congelado fazia 21 anos. NASCE bebê concebido de sêmen congelado há 21 anos, [em linha].

atualmente na criopreservação com técnica de vitrificação, um congelamento ultrarrápido, mais eficiente na preservação da qualidade do material coletado.⁴⁴⁰

O gameta poderá pertencer tanto ao marido/ companheiro quanto a terceiro doador. No primeiro caso, ter-se-á uma reprodução homóloga e no último, heteróloga, porquanto o material genético provém de um terceiro estranho ao projeto parental⁴⁴¹.

3.6.2.2. Fertilização *in vitro*

A fertilização *in vitro*, também conhecida como FIV, é a famosa técnica que deu origem ao bebê de proveta, nos idos de 1978. Trata-se de uma técnica mais sofisticada do que a inseminação artificial. O processo se inicia com a estimulação ovariana, por meio de injeções de hormônios, com a intenção de aumentar a produção de óvulos para obtenção de um maior número de embriões⁴⁴². Logo que os folículos alcançam o tamanho ideal, realiza-se uma punção para sua retirada e, simultaneamente, é coletado o sêmen. Feito isso, os gametas são colocados na cápsula de Petri e dá-se início ao processo de fecundação em laboratório⁴⁴³.

Ocorrendo fecundação, os embriões são cuidadosamente observados e sujeitos à classificação segundo sua morfologia e capacidade de divisão.⁴⁴⁴ Os embriologistas selecionam dentre os fecundados, os embriões considerados de melhor qualidade, a saber aqueles que no 3º dia, possuem 8 células e não apresentam fragmentações.⁴⁴⁵ O total de embriões a serem transferidos para as trompas de falópio da mulher, não poderá ultrapassar o limite estabelecido em lei ou norma ética, assim como terá que se ater ao limite etário da beneficiária estabelecido.

A FIV desperta um debate ético da mais alta importância que se refere ao destino dos embriões excedentários, também chamados de extranumerários, a designar aqueles que não foram transferidos para o útero da mulher. No cerne desse debate situa-se a discussão acerca da natureza jurídica do embrião, sobre o início da vida humana⁴⁴⁶ e da dignidade que lhe é inerente.

⁴⁴⁰ FRANTZ, Nilo – *Op. Cit.*, [em linha].

⁴⁴¹ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 384/386.

⁴⁴² RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 391.

⁴⁴³ DUARTE, Tiago – **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**, p. 32.

⁴⁴⁴ A inteligência artificial vem sendo utilizada na seleção de embriões desde o ano 2000 e tem prestado inestimável colaboração na predição de embriões cromossomicamente normais, com índices de 90% de sucesso. Outro considerável benefício em relação aos meios até então empregados, é o afastamento do procedimento invasivo de manipulação e extração de células dos embriões. A INTELIGÊNCIA artificial permite a seleção de embriões cromossomicamente normais com 90% de precisão, [em linha].

⁴⁴⁵ CONHEÇA o passo a passo da fertilização *in vitro*, [em linha].

⁴⁴⁶ A insigne Prof. Stela Barbas filia-se à corrente que considera o embrião vida humana, pois desde a fusão do óvulo com o espermatozoide, adquire seu próprio patrimônio genético completo, o que corresponde a dizer que é

Deduzindo ponderáveis argumentos, Ascensão manifesta sua preocupação com a produção excessiva de embrião, com o propósito camuflado de utilizá-lo em pesquisas, especialmente considerando-se a riqueza que representam as células-tronco embrionárias. Defende o jurista que a vida tem início no momento da concepção, de modo que, destituído de relevo a circunstância de inexistir nidação na fecundação *in vitro*, ao feito do que ocorre no útero da mãe, arrematando com argumento de difícil desconstrução: “a verdade é que o aborto abrange também a destruição do embrião antes da nidação”⁴⁴⁷.

A discussão é posta no nível do que Martins-Costa considera como o desencontro entre o Direito e a Biociência pela não coincidência entre pessoa e ser humano, que provoca a separação entre vida biológica do ser humano e vida da pessoa⁴⁴⁸. Sem aprofundar no tema porque foge ao objeto desse trabalho, oportuno lembrar Kaufmann⁴⁴⁹ e refletir que, pessoa ou não, o certo é que o embrião não é uma framboesa ou girino, merecendo o devido respeito pela plena potencialidade de homem que nele se encerra.

3.6.2.3. Injeção intracitoplasmática de espermatozoide

A injeção intracitoplasmática de espermatozoide é uma variação da FIV, considerada uma técnica de alta complexidade que consiste na seleção dos melhores espermatozoides para serem fertilizados, mediante coleta de sêmen ou punção testicular. Em seguida a isso, o espermatozoide é injetado no óvulo, com ajuda de um aparelho de alto grau de precisão, denominado micromanipulador de gametas. Fecundado o óvulo e formado o embrião, tal como ocorre na FIV clássica, é feita a transferência para o útero da mãe.⁴⁵⁰

3.6.2.4. Diagnóstico genético pré-implantacional

O diagnóstico genético pré-implantação enquanto técnica de reprodução assistida, em regra, limita-se à finalidade de identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes de implantação no útero materno, prestando-se ao rastreio de aneuploidia

possuidor de identidade genética própria que permanecerá imutável, ao longo de sua existência. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 74.

⁴⁴⁷ ASCENSÃO, Joé de Oliveira – O início da vida. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 28.

⁴⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith Martins – Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 107.

⁴⁴⁹ KAUFMANN, Arthur – **Filosofia do Direito**, p. 473.

⁴⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 393.

na fase embrionária, visando à redução de riscos de alterações cromossômicas, assim como para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, conforme se infere do art. 28, n.º 1, 2 e 3⁴⁵¹, da aludida lei. No Brasil, a técnica também é utilizada, como regra geral, para essa finalidade, encontrando previsão no Anexo, VI, da Resolução em vigor.

O processo se inicia com a coleta dos gametas masculinos e femininos que são fertilizados *in vitro*. A técnica mais característica e decisiva desse processo de geração do bebê medicamento vem a ser o diagnóstico genético pré-implantacional, que tem início com a remoção de algumas células dos embriões, por volta do terceiro dia da clivagem (quando tem início o processo de divisão celular), que são submetidas a biópsia por laboratório de genética, permanecendo os mesmos criopreservados até a futura transferência para o útero materno⁴⁵².

O emprego dessa técnica, tanto em Portugal quanto no Brasil, permite a utilização da terapia gênica, com vistas a gerar um filho para salvar a vida de outro. Com efeito, a parte final do n.º 1, do art. 28, admite o emprego da técnica para os efeitos previstos no art. 7º, n.º 3, isto é, para “obter grupo *HLA* (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave”⁴⁵³, em face de ponderáveis motivos. Na norma brasileira, a possibilidade de aplicação da técnica para esse fim, localiza-se no Anexo, VI, n.º 2.

Nessas hipóteses, portanto, a biópsia visa a identificar embriões saudáveis, em condições de compatibilidade com o irmão que padece de doença grave. Dessa feita, uma vez transferido para o útero materno, o novo ser, ao nascer, doará células estaminais, linfócitos, medula óssea ou órgãos, desde que preservada a integridade do novo ser, que serão transplantadas no irmão para salvar sua vida⁴⁵⁴.

Além da discussão quanto ao destino dos embriões, essa técnica, no caso dos bebês medicamento, desperta um acalorado debate ético sobre a instrumentalização do novo ser e eventual ofensa a sua dignidade e da utilização indevida da DGPI para fins de fabricação de bebês *a la carte*, selecionando características de melhoramento de raça, por exemplo, o que levaria a uma seleção eugênica de bebês⁴⁵⁵. Todavia, os regramentos de ambos os Países contêm

⁴⁵¹ O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º.

⁴⁵² RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 918-919.

⁴⁵³ Art. 7.º, n.º 3- “Excetuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo *HLA* (*human leukocyte antigen*) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.”

⁴⁵⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **Op. Cit.**, p. 944-945.

⁴⁵⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Testes genéticos, terapia gênica, clonagem. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética**, p. 320.

dispositivos que, de modo expresso, o emprego das técnicas de PMA com esses objetivos. (art. 7.º, da Lei 32, de 2006 e Anexo, 5, da Resolução 2320, de 2022).

3.6.2.5. Transferência de embriões, zigoto ou gameta

A transferência de embriões é a última fase da FIV e o procedimento pode utilizar o embrião a fresco, implantado no corpo feminino de três até cinco dias após a fecundação⁴⁵⁶ ou se houver sido criopreservado, após o descongelamento.

Os embriões excedentários congelados, remanescente de uma FIV, podem ser doados, em Portugal como no Brasil, para ajudar uma família com dificuldades reprodutivas a realizar seu projeto parental (art. 10.º, n.º 1; IV, 1-4). Nesse caso, o embrião é doado para a família intencional e, após descongelados, são transferidos para o útero da mãe intencional.

Em qualquer caso, devem ser observados os critérios estabelecidos em lei ou na respectiva norma ética.

3.6.2.6. Transferência de gametas (GIFT)

A transferência intratubária de gametas é uma técnica complexa que consiste na transferência de gameta a serem colocados dentro da trompa os gametas masculinos e femininos, após previamente selecionados, possibilitando que a fecundação ocorra dentro do corpo feminino. É uma opção utilizada por casais que por razões ético-morais, rejeitam a fertilização *in vitro*⁴⁵⁷.

3.6.2.7. Transferência de zigoto (ZIFT)

Essa técnica compreende a prévia realização de uma FIV. Após a fecundação em placa de Petri, um zigoto de uma única célula é introduzido nas trompas de Falópio, por laparoscopia⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 392.

⁴⁵⁷ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações da família**, p. 47.

⁴⁵⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 48.

3.6.2.8. A gestação de substituição

Essa é certamente a técnica de PMA que granjeia as maiores resistências⁴⁵⁹. A técnica, admitida em ambos os Países, consiste em uma mulher estranha ao projeto de parentalidade, receber em seu útero um embrião para gestá-lo gratuitamente, fecundado com gametas dos beneficiários (homóloga) ou de dadores (heteróloga), com o compromisso de entregar a criança à família, após seu nascimento (art. 8.º, n.º 1; Anexo, VII, n.º 3, a).

Do ponto de vista da parentalidade, são muitas as perplexidades que essa técnica pode causar. A fragmentação da parentalidade, a depender do caso, pode ser enxergada em tripla dimensão: a biológica, a genética e a afetiva. É possível conceber um cenário em que a mãe biológica será a gestante; a afetiva, aquela que titula o projeto parental e a genética, a doadora do gameta, que poderá não ser nenhuma dessas duas, mas uma outra⁴⁶⁰.

A paternidade do bebê, por seu turno, também poderá não coincidir com a paternidade afetiva e a genética, pois o sêmen poderá pertencer a um dador. De outra banda, o marido da gestante, tampouco será o pai da criança. Ou seja, essa técnica poderá acarretar, ao mesmo tempo, o afastamento das tradicionais presunções *mater semper certa est e pater is est quem nuptia demonstrant*⁴⁶¹.

A gratuidade é um imperativo ético (art. 8.º, n.º 2; Anexo, VII, n.º 2), a par das considerações gerais anteriormente feitas, que diminui a resistência, relativamente a dois dilemas éticos que essa técnica amealha, o primeiro é o da instrumentalização do corpo da gestante que, em sendo gratuita, atua no pleno exercício de sua autodeterminação, movida apenas por solidariedade e o segundo, ligado à ideia de que a criança é um produto comercial e que, nesse caso, se afasta porque resulta desse altruísmo da mulher que dá vida ao desejo de seus pais de formar uma família⁴⁶².

A favor de assegurar a gratuidade, a Resolução brasileira somente admite a gestação de substituição, caso a mulher seja parente até o quarto grau dos beneficiários, salvo

⁴⁵⁹ Para os adversários dessa técnica, a dignidade da pessoa humana é o argumento mais forte. Há quem considere que ela provoca a instrumentalização da criança, da mulher, o rompimento da tradição de que mãe é a que tem o parto, dentre tantas outras. RAPOSO, Vera Lúcia – **De mãe para mãe: questões éticas e legais da maternidade de substituição**, p. 47-61.

⁴⁶⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 145.

⁴⁶¹ *Ibidem*.

⁴⁶² Vide nota de rodapé 342 desta dissertação.

situações excepcionais a serem avaliadas, e autorizadas, caso a caso, pelo Conselho Regional de Medicina⁴⁶³ (Anexo, VII n.º 1, letras b e c).

Em Portugal, a lei é expressa no sentido de que a grávida renuncia aos poderes e deveres inerentes à maternidade (art. 8.º, n.º 1). A norma deontológica brasileira, embora não se refira expressamente a isso, menciona no Anexo, VII, n.º 3, letras *a* e *c* que o Termo de Compromisso entre os pacientes (entenda-se, os beneficiários) e a cedente deve esclarecer sobre a “questão da filiação da criança”, ao mesmo tempo em que estabelece que os pacientes se comprometem ao registro do bebê (Anexo, VII, n.º 3, letra e).

Em reforço a isso, o Provimento n.º 63/2017, do CNJ prevê o registro do nascimento à vista da Declaração de Nascido Vivo (DNV) e declaração do diretor do centro onde foi realizada a reprodução heteróloga, indicando os beneficiários, acompanhada no caso da gestação de substituição, do termo de compromisso assinado pela gestante quanto aos aspectos relativos à filiação. (art. 17.º, I, II, e §1.º).

Portugal consagra a regra de que a gestante não poderá utilizar seu próprio gameta, o que, do ponto de vista ético, é muito satisfatório, porque reduz as chances de a grávida revogar o consentimento, no curso da gestação, ou se recusar a entregar a criança, até o seu registro, como previsto na lei portuguesa (art. 14.º, n.º 5.). No Brasil, há um vazio normativo sobre o eventual arrependimento da mulher. Impõe também o diploma legal português que, no mínimo, um dos beneficiários contribua com seu gameta (art. 8.º, n.º 4), exigência essa que não encontra correspondência na normativa brasileira.

3.2.6.9. A substituição mitocondrial: a tríplice parentalidade genética

O Reino Unido foi o primeiro País a legalizar a substituição mitocondrial, em 2015, que se tornou popularmente conhecida como a técnica dos três pais⁴⁶⁴, seguido pela Austrália que em 30 de março de 2022 também aprovou essa técnica reprodutiva⁴⁶⁵.

A técnica consiste em um transplante *in vitro* de mitocôndrias que são orgânulos que ocupam o citoplasma, responsáveis pela conversão do alimento em energia para as células e contém uma pequena quantidade de DNA extracelular⁴⁶⁶.

⁴⁶³ A título ilustrativo, disponibiliza-se o PARECER CRM-MS n.º 07/2016., em que a Relatora Doutora Eliana Patrícia Sempértegui Maldonado, decidiu a favor da admissão de gestante de substituição, sem vínculo de parentesco. PARECER CRM-MS n.º 07, de 10 de maio de 2016, [em linha].

⁴⁶⁴ GUIMÓN, Pablo; PRATS, Jaime – **Reino Unido autoriza o primeiro bebê com três pais genéticos**, [em linha].

⁴⁶⁵ LEI que permite que crianças tenham “três pais” na Austrália é aprovada e gera polêmica, [em linha].

⁴⁶⁶ GUIMÓN, Pablo; PRATS, Jaime – ***Op. Cit.***, [em linha].

Em casos em que a mãe é portadora de mitocôndrias defeituosas, seus bebês nascem com doenças mitocondriais, que acarretam fraqueza muscular, cegueira, danos cerebrais, doenças cardíacas, dentre outras, muitos dos quais vão a óbito no primeiro ano de vida. A técnica visa a evitar que o filho nasça portador de patologia transmitida pela mãe. Em rápidas linhas, é realizada a substituição da mitocôndria do óvulo materno pela mitocôndria do óvulo de uma doadora. O futuro ser terá a contribuição genética de três pais, sendo que da doadora equivalerá a apenas 0,18%. Operada a substituição, as gerações seguintes não padecerão da doença mitocondrial.⁴⁶⁷

3.2.6.10. Clonagem reprodutiva humana: o duplo eu proibido

A clonagem como meio de reprodução natural verifica-se no nível de bactérias, plantas e animais inferiores, somente ocorrendo em mamíferos, nas hipóteses de gêmeos monozigóticos⁴⁶⁸. Trata-se de reprodução assexuada que permite a criação de seres geneticamente iguais, dispensando a fusão do óvulo com o espermatozoide⁴⁶⁹.

A técnica consiste na remoção do núcleo de óvulo não fecundado e em seu lugar coloca-se o núcleo de uma célula não sexual de homem ou mulher adulta. Esse óvulo com núcleo modificado desenvolve-se tal qual houvesse sido fecundado por um espermatozoide, daí resultando o duplo perfeito de alguém, que possui material genético exclusivamente de um progenitor. Geneticamente o clone seria filho de apenas um dos genitores.⁴⁷⁰

A primeira experiência bem-sucedida de clonagem em animais que se tem notícia é o caso da ovelha Dolly, nascida em 1996, que envelheceu precocemente e acabou sendo sacrificada. Outras experiências em animais foram realizadas, inclusive com primatas, tendo sido registradas anomalias graves, incompatíveis com a vida.^{471,472}

⁴⁶⁷ GUIMÓN, Pablo; PRATS, Jaime – **Reino Unido autoriza o primeiro bebê com três pais genéticos**, [em linha].

⁴⁶⁸ MELO, Helena Pereira de – **Clonagem humana reprodutiva**, p. 27.

⁴⁶⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 16.

⁴⁷⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 192-193.

⁴⁷¹ SERRÃO, Daniel – O clone humano. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de direito da bioética. Vol. II**, p. 348.

⁴⁷² Ocorreram desde, então, fantasiosas informações acerca de clonagens humanas realizadas, noticiadas pela clonaid.com, à frente da qual se apresentam como cientistas pessoas de nenhuma credibilidade, ligadas à seita raeliana. Severino Antorini, médico italiano anunciou ter possibilitado nascimento de uma criança, filho de mãe com idade de 63 anos, acrescentando que outros 200 casais eram candidatos a ter filhos nas mesmas condições. MELO, Helena Pereira de – **Clonagem humana reprodutiva no Direito Internacional dos Direitos Humanos**, p. 25.

O alerta mundial soou logo após o nascimento da Dolly, do que resultou na inclusão na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, em 1997, da proibição da clonagem reprodutiva em seres humanos, considerada atentatória à dignidade humana. (art. 11.º).

Embora nunca tenha sido possível a formalização de uma Convenção internacional de natureza vinculativa a todos os Estados membros da ONU, é consenso entre eles que a clonagem reprodutiva humana deve ser proibida.⁴⁷³

3.7. As técnicas de procriação medicamente assistida, na perspectiva do estabelecimento dos vínculos parentais

O estabelecimento da parentalidade na reprodução assistida homóloga não oferece maiores dificuldades, quando se trata de inseminação ou fertilização *in vitro* com posterior transferência de embrião para o útero da mulher, pois os gametas pertencem aos próprios donos do projeto parental⁴⁷⁴. Nesses casos, há uma perfeita correspondência entre a parentalidade jurídica e a biológica⁴⁷⁵.

O mesmo não se diga quando se trata da reprodução heteróloga ou mesmo homóloga, mas com utilização da gestação de substituição⁴⁷⁶. Tais situações acabam por desvincular a sexualidade da reprodução, justificadora do ato sexual entre os cônjuges, ao tempo em que o casamento possuía a feição sacramental, ocasionando muitas vezes a quebra da unidade reprodutiva⁴⁷⁷. Criaram-se, complexidades no estabelecimento da filiação que terão que ser resolvidas pelo Direito, à medida em que vão se apresentando.

Assim, na reprodução heteróloga, o biologismo é colocado à prova, fragilizando-se na sua hegemonia de critério determinador da parentalidade, dividindo espaço com a vontade na PMA⁴⁷⁸. Reduz-se a hegemonia dos laços de sangue a forjar o parentesco.

Na reprodução assistida heteróloga, para efeito de estabelecimento de vínculos parentais, o critério da verdade biológica cede terreno para a vontade de concretizar o projeto

⁴⁷³ MELO, Helena Pereira de – **Clonagem humana reprodutiva no Direito Internacional dos Direitos Humanos**, p. 66.

⁴⁷⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 385.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Guilherme de – Estabelecimento de filiação. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 237.

⁴⁷⁶ A regra do estabelecimento da maternidade decorrer do parto, é excepcionada na gestação de substituição. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 239

⁴⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito de Família**, p. 77.

⁴⁷⁸ OLIVEIRA, Guilherme de – Critérios jurídicos da parentalidade. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Op. Cit.**, p. 275-279.

parental. É a vontade manifestada no Termo de Consentimento firmado antes do início das técnicas reprodutivas (art.14.º, n.º 4), atendidas as formalidades legais, que sela a assunção do vínculo jurídico de parentalidade estabelecida em favor dos beneficiários^{479,480}.

Assim, não se estabelece liame parental entre a criança nascida com recurso às técnicas de PMA e os doadores de sêmen, ovócitos ou embrião, mas, ao contrário, será tida como filha dos titulares do projeto parental, na hipótese de ser um casal e ambos haverem consentido. (art. 20.º, n.º 1). Caso apenas a pessoa sujeita à técnica haja consentido, o registro será lavrado exclusivamente em seu nome (art. 20.º, n.º 3).

A mesma solução é adotada no Brasil, conforme se infere da interpretação conjunta da Resolução n.º 2.320/ 2022 com o Provimento n.º 63, de 2017, do CNJ, o qual estatui que o conhecimento da ascendência biológica não implica o reconhecimento do liame de parentesco e dos correspondentes efeitos jurídicos entre doadores e a criança gerada. O consentimento dado pelo marido, inclusive, inviabiliza a posterior propositura de ação para contestar a paternidade, consoante Enunciado 258, do CJF⁴⁸¹.

No direito português, a gestação de substituição despertou grande polémica, no tocante à renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade (art. 8.º, n.º 1), de que resultaria atribuir o estatuto de mãe à mãe intencional, ao invés de à gestante, porquanto sendo direito de personalidade, insuscetível de renúncia. A inconformidade chegou ao ponto de esse ter sido um dos dispositivos da lei, atacada via ação de inconstitucionalidade, proposta por um grupo de deputados junto ao Tribunal Constitucional⁴⁸².

Questionada a constitucionalidade do dispositivo, decidiu o Acórdão 225, de maio de 2018, do Tribunal Constitucional, que teria havido mera impropriedade da lei porque o consentimento dado pela grávida importava vontade positiva de que a criança nascida não fosse tida como sua filha e sim dos beneficiários, consubstanciando a liberdade negativa de não constituir família, de modo que, se nem ao menos chegou a ser mãe, de renúncia não se cuida⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Nos termos do Enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil do CJF, “A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.”

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Guilherme de – Estabelecimento de filiação. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 241.

⁴⁸¹ Enunciado 258: “Não cabe ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido, nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.”

⁴⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018**, [em linha].

⁴⁸³ *Ibidem*.

Em resumo, seja qual for a técnica reprodutiva utilizada, a criança nascida será filha dos titulares do projeto de parentalidade e jamais terá com seus ascendentes genéticos vínculos oriundos do direito de família ou sucessório.

3.7.1. Reprodução heteróloga e multiparentalidade: as peculiaridades do direito brasileiro

A procriação por meio das técnicas de reprodução assistida tem ensejado mundo afora o reconhecimento da multiparentalidade. No ano de 2007, o Tribunal de Ontário, decidiu por admitir triplo vínculo parental, no caso de uma criança, nascida de um relacionamento estável entre duas mulheres, em que uma delas concebeu uma menina utilizando o sêmen de um amigo. Até o ajuizamento da ação a criança era registrada exclusivamente em nome do pai e mãe biológicos. O Tribunal entendeu que a situação posta em juízo era produto das novas formações familiares que, embora não contempladas em lei, estavam a exigir a adequada solução. Concluiu, ao final, que seria contrário ao interesse da criança que lhe fosse negado ser reconhecida como filha dos três⁴⁸⁴.

Desde 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo assumiu o pioneirismo no Brasil, no tocante ao reconhecimento de dupla maternidade com determinação de registro em nome de ambas as mães, tratando-se a primeira decisão de hipótese em que fora nascida uma criança com sêmen de doador anônimo, gestada por uma das mulheres que formavam um casal.⁴⁸⁵

No Rio Grande do Sul, em dezembro de 2013, registra-se o primeiro caso de autorização para que fosse emitida Declaração de Nascido Vivo (DNV), documento indispensável à realização de registro de recém-nascidos, em nome de duas mães.⁴⁸⁶

No ano seguinte, em 2014, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu como mãe a esposa de uma mulher que deu à luz uma criança, concebida com a ajuda de um amigo a quem pertencia o sêmen, filha essa, fruto do projeto parental idealizado pelos três⁴⁸⁷. O magistrado sentenciante considerou admirável a intenção dos três de assegurar à filha uma rede de afetos.

⁴⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de – **Critérios jurídicos da parentalidade**. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 291-292.

⁴⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – **Procedimento interno n.º 710, de 28 de maio de 2012**, [em linha].

⁴⁸⁶ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – **País tem primeira declaração de nascido vivo em nome de duas mães**, [em linha].

⁴⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – **Processo n.º 027/1.14.0013023-9 (CNJ:.0031506-63.2014.8.21.0027)**, [em linha].

E os casos de multiparentalidade no direito brasileiro vêm se multiplicando a partir da Tese 622, do STF, que introduziu o instituto em seu ordenamento jurídico, como já se mencionou no capítulo anterior e, notadamente, depois que as experiências de inseminação caseira^{488, 489} com recurso de doadores de sêmen oferecidos em sítios de internet^{490, 491}, tornaram-se uma prática corriqueira. Embora não se enquadrem em reprodução medicamente assistida, não deixa de ser um fenômeno merecedor de destaque, de vez que o resultado alcançado é uma reprodução heteróloga e que produz enormes repercussões no âmbito do estabelecimento da parentalidade.

Em Portugal, o projeto parental compartilhado por um casal de mulheres pode ensejar que a mulher que teve o parto registre a maternidade biológica e a esposa ou companheira assuma o estatuto jurídico de mãe, registrando a maternidade, com fundamento na vontade expressa no Termo de Consentimento que antecede o início das técnicas (art. 20, n.º 1)⁴⁹².

3.7.2. A constituição de famílias monoparentais com emprego das técnicas de procriação assistida heteróloga

Se por um lado a PMA favorece a multiparentalidade, de outro, também facilita a formação de famílias monoparentais, como a seguir se demonstrará.

A constituição de famílias monoparentais resulta de variadas situações e vão desde pessoas heterossexuais ou homossexuais que optam por ter um filho, na condição que se convencionou tratar como produção independente⁴⁹³, àquelas que decidem concretizar o sonho de formar família, após a morte do parceiro, nesse caso, dando seguimento ao projeto parental por meio de reprodução assistida póstuma, por inseminação⁴⁹⁴ ou transferência de embriões crioconservados⁴⁹⁵.

⁴⁸⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – **Processo n.º 1001474-30.2021.8.26.0009**, [em linha].

⁴⁸⁹ *Ibidem*.

⁴⁹⁰ À título ilustrativo, em matéria veiculada pelo Correio Brasiliense, assim o tema é abordado: “Na linguagem da inseminação caseira para engravidar, modalidade não prevista pela lei que tem crescido no Brasil, os doadores de sêmen não têm filhos, mas “positivos”. A reportagem notícia que apenas um doador informa ter mais de cem crianças geradas com seus gametas. DOADOR de sêmen afirma ter mais de 100 ‘positivos’, [em linha].

⁴⁹¹ LEMOS, Vinícius – **Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras**, [em linha].

⁴⁹² OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento de filiação**. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**, p. 241.

⁴⁹³ HOLANDA, Maria Rita – **Parentalidade: entre a realidade social e o direito**, p. 211.

⁴⁹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 815.

⁴⁹⁵ SA, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato Oliveira de – **Bioética e Biodireito**, p. 123.

Erguem-se vozes contrariamente a essas configurações familiares, deduzindo especialmente o argumento de instrumentalização da criança que nasce privada da dupla parentalidade, indentificada essa circunstância como o ambiente saudável em que toda criança tem o direito de nascer. Nesse contexto, sustentam, o novo ser seria transformado em objeto de desejo de um dos genitores, em detrimento de sua dignidade e da primazia de seus interesses⁴⁹⁶.

Enfrenta com argúcia essa questão Raposo para quem a discussão posta nesses termos não oculta a valoração moral das novas formações familiares como perniciosas ou desviante e, ao mesmo tempo, ancoram-se na equivocada ideia de que a família nuclear tradicional corresponde à perfeita trindade. Aduz a jurista que inexistem estudos psicológicos que demonstrem a ocorrência de prejuízo ao crescimento saudável da criança⁴⁹⁷, a justificar essa posição.

A Constituição Brasileira expressamente consagrou proteção à família monoparental (art. 226.º § 4.º), sendo pertinente a observação de Sá e Naves, no sentido de que isso demonstra que a nova ordem social foi apreendida pela Carta Magna, em cujo ambiente o solteiro já não carrega o estigma social que provocava incômodo nas pessoas.⁴⁹⁸

A reprodução póstuma, por óbvio, também granjeia a mesma oposição que se destina às pessoas singulares que desejam formar família⁴⁹⁹. Contudo, importa distinguir duas situações: as inseminações póstumas que utilizam apenas material genético, os gametas criopreservados, e a transferência de embriões criopreservados.

Portugal somente no final do ano de 2021, passou a admitir a inseminação póstuma, permitindo que a mulher utilize o sêmen do marido ou unido de facto, desde que consentida pelo falecido, e realizada em até três anos, contados do óbito, limitada a uma única gestação de que resulte nascimento com vida (art. 22.º, n.º 1, letra b, n.º 5 e 6). A formação de vínculo parental entre a criança e o pai falecido está expressamente prevista no art. 23.º, n.º 1. A transferência póstuma de embriões continua sendo permitida e rege-se pelas mesmas regras.

Já no Brasil, a atual Resolução em vigor, dedica apenas duas linhas para a reprodução assistida *post mortem*, permitindo-a, caso haja autorização específica para uso do material biológico criopreservado, na forma da legislação em vigor (Anexo, VIII.) A norma deontológica repete o mesmo equívoco dos Provimentos 52/ 2016 e 63/ 2017, do CNJ, por tratar indistintamente sêmen e embrião pela mesma designação: material biológico.

⁴⁹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia – **De mãe para mãe: questões legais e éticas da maternidade de substituição**, p.70-71.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato Oliveira de – **Bioética e Biodireito**, p. 286.

⁴⁹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 133.

O dispositivo merece severas críticas, porquanto o termo empregado “até seria cabível, caso se restringisse apenas aos gametas feminino e masculino, mas aludindo também a embriões, esses termos são inaceitáveis.”⁵⁰⁰. Embrião é vida humana e merece ter sua dignidade respeitada e, nesse aspecto, elogioso o tratamento deferido pela Lei de Biossegurança⁵⁰¹ que menciona que os extranumerários somente poderão ser utilizados em pesquisa, se houver “consentimento de seus genitores”.

Estabelecer a diferença entre a PMA póstuma pela via da inseminação e por transferência de embrião é de grande relevo, haja vista que, na hipótese da desistência do projeto de parentalidade, existente sêmen criopreservado, ocorrerá apenas descarte de material biológico.

Ao contrário, havendo embriões congelados e consentida a continuidade do projeto de constituir família pelo pré-morto, a implantação de embrião no útero da mãe genética é a melhor solução, a preservar o direito à vida do embrião, estabelecendo-se a parentalidade em favor do casal, funcionando a vontade de formar família como elemento legitimador da presunção instituída em relação ao finado⁵⁰².

Nessa situação, o filho gerado *in vitro* receberia o mesmo tratamento que o filho concebido naturalmente, o qual, falecido um de seus genitores, preserva o direito de conviver com o que sobrevive e ser criado, educado e amado no seio de sua família natural.

Em harmonia com o consagrado tratamento igualitário entre os sexos, no acesso às técnicas de PMA, a VIII Jornada de Direito Civil do CJB firmou o entendimento de que o n.º inciso V, do art. 1597, do CC Brasileiro que se refere à reprodução assistida *post mortem*, embora aluda apenas à morte do marido e à possibilidade de a mulher seguir no projeto de parentalidade, deve ser interpretado também na situação inversa, isto é, pré-morta a mulher, o marido pode dar continuidade ao projeto parental.⁵⁰³

⁵⁰⁰ ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de – Uma breve reflexão sobre a reprodução assistida *post mortem* homóloga e seus efeitos no estabelecimento da parentalidade e no Direito Sucessório, p. 288.

⁵⁰¹ LEI n.º 11.105, de 24 de março de 2005, [em linha].

⁵⁰² O Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil do CJB estabelece que para ser presumida a paternidade do falecido, “será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.”

⁵⁰³ Enunciado 633: “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresse consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira.”

4. O DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE DO ASCENDENTE GENÉTICO: UM AUTÊNTICO DIREITO DE PERSONALIDADE

Até o advento da tecnologia colocada à serviço da reprodução humana, a decisão de ter um filho era assunto reservado à esfera íntima de um casal, juntamente com seu médico. Essa prática, entretanto, sofreu forte impacto e transformação na medida em que se tornou frequente a utilização de técnicas de PMA, notadamente nas reproduções heterólogas, que possibilitam a utilização de gametas ou embriões de terceiros e no recurso à gestação de substituição, ainda que homóloga⁵⁰⁴.

Nessas situações, é mais nítida a dissociação das fases do processo de reprodução, não só pela eliminação do encontro carnal entre o homem e a mulher, isto é, da substituição do ato sexual pela técnica, como também pela intervenção de um terceiro, o que, nesse caso, pode ensejar a entrada em rota de colisão dos direitos da criança, os de seus pais e os do estranho que contribui para a realização do projeto de parentalidade⁵⁰⁵.

E é nesse contexto que se situa a polêmica em torno do direito ao conhecimento da ascendência que, a um só tempo pode provocar a colisão do direito à identidade pessoal e genética e do livre desenvolvimento da personalidade dos filhos com o direito à intimidade da reserva da vida privada e familiar, relacionado à proteção da estabilidade das relações familiares dos doadores e dos beneficiários^{506,507}, dentre os mais comumente citados, todos direitos de personalidade, preenchidos por um elevado grau de dignidade humana.

4.1. Os direitos de personalidade: direitos humanos, fundamentais e direitos subjetivos

Os direitos de personalidade, como sugere a própria etimologia da palavra, são direitos daqueles que possuem personalidade, isto é, a qualidade de ser pessoa. O ser humano nasce pessoa e, portanto, a personalidade é uma qualidade supralegal. O homem desde o início

⁵⁰⁴ LEITE, Eduardo Oliveira – **Procriações artificiais e o Direito**, p. 132.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ REIS, Rafael Vale – Direito ao conhecimento das origens genéticas. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 202.

⁵⁰⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 796-797

de sua existência^{508,509} é o princípio e o fim do Direito, criado por ele próprio, para reger suas relações no mundo. Em outras palavras, o Direito não atribui personalidade à pessoa e tampouco a extingue, mas se limita a reconhecer essa qualidade, a hominidade do ser humano.⁵¹⁰

O início da existência da pessoa remete à polêmica que se relaciona com dois conceitos não coincidentes de que se tratou no subtítulo 3.6.2.2, a saber, ser humano e pessoa e que, por sua vez, resulta na dissociação entre vida biológica do ser humano e vida da pessoa, ensejadora de infindáveis debates éticos que envolvem temas como a natureza jurídica do embrião e o aborto.⁵¹¹

Numa perspectiva objetiva, o direito de personalidade volta-se à disciplina jurídica da defesa da personalidade consagrada, tanto no âmbito supranacional como constitucional e infraconstitucional⁵¹². A tutela da personalidade é uma imposição da dignidade humana e inscreve-se numa zona de heteronomia, dado que diz respeito a atributo irrenunciável, inalienável, indisponível, em resumo⁵¹³. E assim é porque ditas normas têm por escopo a “defesa da Humanidade, da globalidade de toda a Espécie Humana, e com a exigência moral de respeitar não só a Humanidade, considerada como um todo, mas também cada um dos seus membros”⁵¹⁴.

Integra o Direito de Personalidade, na vertente objetiva, dentre outros ramos, destacadamente, o Direito Penal, o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrado em inúmeras Declarações internacionais que acolhem numerosos direitos de personalidade e consubstanciam imposição ao legislador de cada Estado de concretizar as normas correspondentes, no respectivo ordenamento doméstico, em cumprimento de um dever de soberania⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ O Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão 436/07.6TBVRL.P1S1 deu guarida à teoria concepcionista, admitindo que há vida desde a concepção e que a vida fora do corpo materno é a mesma vida intrauterina, reconhecendo personalidade jurídica ao nascituro. Segundo a decisão, o art. 66.º do Código Civil português equivoca-se ao se referir à aquisição da personalidade, em lugar de capacidade de gozo. No subtítulo 3.6.2.2 desta dissertação.

⁵⁰⁹ Merece transcrição parte do voto proferido pelo Ministro Salomão, no julgamento do Resp 1.415.727, ao analisar pedido de indenização por abortamento decorrente de acidente de trânsito, no qual considerou que “o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento da vida intrauterina.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 1.415.727, de 04 de setembro de 2014**, [em linha].

⁵¹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direitos de personalidade**, p. 5-6.

⁵¹¹ Dentre as correntes que tentam definir a controvérsia, destacam-se três: a primeira delas, a natalista, sustenta que é o nascimento com vida o marco do início da personalidade jurídica, embora assegurados direitos ao nascituro; a segunda corrente, a da personalidade condicional, defende que a personalidade inicia-se no momento da concepção sob condição resolutiva do nascimento com vida e a terceira, a concepcionista, segundo a qual a personalidade jurídica tem início com a concepção.

⁵¹² VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.*, p. 51.

⁵¹³ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 53.

⁵¹⁴ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 50.

⁵¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direitos de personalidade**, p. 50.

Imperioso a essa altura promover a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois, sem embargo de muitas vezes as duas expressões serem usadas indistintamente, tratam-se de conceitos diversos. Conceitualmente, direitos humanos correspondem a direitos reconhecidos em instrumentos internacionais, aplicáveis a qualquer ser humano, independente da ordem constitucional a que esteja vinculado, que tem na dignidade da pessoa humana sua justificação, de validade universal a todos os povos, em qualquer tempo e lugar, dada a sua natureza supranacional.⁵¹⁶

A Carta Magna portuguesa em seu art. 8.º, n.º 2, consagra a regra de recepção automática, das normas de direito internacional, assinadas e ratificadas, a partir de sua publicação. A brasileira, de seu turno, no §2.º, do art. 5.º, *in fine*, conferia tratamento parecido à recepção dos tratados e convenções na ordem constitucional.

Entretanto, durante a reforma constitucional de 2004, foi introduzido o §3.º ao art. 5.º da CF de 1988, condicionando o ingresso dos tratados e convenções na ordem constitucional, à aprovação pelo Congresso, em dois turnos, com quórum de 3/5, o mesmo processo exigido para aprovação de emenda constitucional, o que suscitou enorme polêmica quanto à validade dos Tratados internacionais sobre direitos humanos, anteriores a esse novo dispositivo, discussão que posteriormente se retomará.

Direitos fundamentais, por sua vez, correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados em nível de direito constitucional de um certo Estado.⁵¹⁷ O fenômeno da constitucionalização, mais expressivo em países com redemocratização mais recente, como é o caso de Portugal e do Brasil, ocasionou que diversos domínios do direito recebessem tratamento constitucional em maior ou menor intensidade^{518, 519}

Em virtude desse processo, na ordem constitucional portuguesa, diversos direitos de personalidade foram constitucionalizados, passando a integrar um elenco de direitos fundamentais de personalidade, densos de dignidade humana que, por força da unidade do ordenamento jurídico, observada a hierarquia das normas, o preceito constitucional tem efeito subordinante em relação ao infraconstitucional.

Assim, na dimensão objetiva, o Direito Constitucional é importante fonte de direitos de personalidade. A Carta constitucional portuguesa, no art. 26.º, *caput*, enumera nove

⁵¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 29

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ BARROSO, Luís Roberto – **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**, p. 21.

⁵¹⁹ Imperioso registrar que a constitucionalização não se esgota na mera previsão na Carta constitucional de diversos domínios do Direito, isso porque a Constituição não é simplesmente um sistema, “mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito.”. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 27.

direitos de personalidade, sob o título “Outros Direitos de Personalidade”, após dar destaque nos art. 24.º e 25.º, respectivamente, ao direito à vida e à integridade pessoal, a abranger a integridade física e mental, a indicar que todos pertencem à mesma categoria. Alguns desses direitos são penalmente protegidos e consubstanciam limites a outros direitos, em hipóteses de colisão.⁵²⁰

Importa destacar que, na topografia constitucional, o primeiro dos direitos arrolados pelo constituinte português, no art. 26.º é exatamente o direito à identidade pessoal, o qual vem imediatamente seguido pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os dois direitos que se interconectam mais fortemente e guardam mais estreita relação com o tema aqui tratado.

O legislador constituinte português merece menção honrosa, ao dar realce, no n.º 3, à salvaguarda da dignidade pessoal e identidade genética, na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias, alcançando, de conseguinte, proteção aos filhos nascidos com recurso à PMA, como mais à frente se verá.

O constituinte brasileiro olvidou-se de dar a mesma ênfase aos direitos de personalidade, que se encontram dispersos no texto constitucional. O artigo 5.º, *caput*, assegurou a inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, enumerando, em seguida, uma série de outros, em meio a garantias, que, pela sua dicção, parecem ser meios de realização dos cinco direitos citados no *caput*⁵²¹.

O texto constitucional brasileiro não conferiu dignidade constitucional ao direito à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e, tampouco, incluiu o direito à identidade genética em seu elenco de direitos fundamentais. Dentre os direitos de personalidade, relacionados com o tema deste trabalho, somente mereceu assento constitucional o direito à intimidade e à vida privada (art. 5.º, X).

Inobstante isso, o sistema constitucional brasileiro, à semelhança do português, possui um catálogo aberto de direitos fundamentais, a significar que o rol de direitos positivados é meramente enunciativo, integrado pelo que se designa de direitos formalmente constitucionais⁵²², sendo possível sempre serem acrescentados outros, oriundos de outras fontes.

⁵²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol I.**, p. 461.

⁵²¹ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos estrangeiros e brasileiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, nos seguintes termos:

I-homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição (...)”

⁵²² MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, p. 181.

Observe-se que o art. 16.º n.º 1, da CRP consubstancia verdadeira cláusula aberta, a apontar para um sentido material de direitos fundamentais, ao prever que os direitos fundamentais arrolados não excluem outros provenientes de leis ou de normas de direito internacional.⁵²³ De assemelhado teor é o art. 5.º, § 2.º, da CF⁵²⁴.

O princípio da cláusula aberta ou da não identidade, portanto, permite o reconhecimento de direitos materialmente fundamentais, se constatado que seu objeto e importância equiparam-se aos dos direitos formalmente fundamentais.⁵²⁵

Contribui para o debate Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a natureza de fundamentalidade dos direitos fundamentais compreende o duplo aspecto, de direito formalmente e materialmente constitucionais, esses últimos não positivados, integrantes da constituição material, sujeitos ao mesmo regime ⁵²⁶ e, portanto, ambos protegidos por cláusula pétrea (art. 60.º §4º), da CF⁵²⁷.

No tocante aos direitos materialmente constitucionais, consoante Canotilho, correspondem a “direitos subjectivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo, simultaneamente, para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal.”⁵²⁸

Assim, em que pesem esses direitos fundamentais de personalidade não integrem o catálogo de direitos fundamentais, elencado na Constituição de 1988, fazem parte da constituição material pela abertura proporcionada pelo §2, do art. 5.º da CF, enquanto emanção da cláusula geral de tutela da pessoa humana, que radica no princípio central que fundamenta o Estado Brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III)⁵²⁹.

A tutela da personalidade no aspecto objetivo importa um dever de respeito, um dever de agir frente ao outro, garantido pelo Estado, ocupando uma zona de heteronomia. Em geral, o direito objetivo de personalidade não se deixa limitar por pactos particulares, porquanto regem-se por imperativos de ordem pública⁵³⁰.

De modo diverso, a tutela subjetiva da personalidade traduz o direito subjetivo de promover a defesa da própria dignidade, na condição de pessoa concreta. Em outras palavras,

⁵²³ Art. 16, n.º 1 “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e das regras aplicáveis de direito internacional.

⁵²⁴ Art. 5.º, § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁵²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 404.

⁵²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 82.

⁵²⁷ PETERLE, Selma – **Direito à identidade genética**, p. 90.

⁵²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.**, p. 406.

⁵²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de – **Na medida da pessoa humana**, p. 116.

⁵³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direitos de personalidade**, p. 53.

a pessoa é dotada de meios jurídicos para realizar a defesa da sua personalidade, consistentes em poderes jurídicos de que é titular e cuja utilização depende exclusivamente de sua autonomia⁵³¹.

Os direitos subjetivos de personalidade, por sua vez, visam à tutela da pessoa concreta e por isso mesmo outorgam uma posição jurídica individual concreta e podem ser exercidos contra o particular ou Estado e ensejam, inclusive legítima defesa, em face dos requisitos próprios⁵³² e são disponíveis.

O Código Civil Português inspirou-se no Direito germânico e contempla um sistema que consagra um direito geral de personalidade e tipifica exemplificativamente outros que constituem um rol meramente enumerativo, que têm a função de expressar modelos de comportamento, paradigmas de tutela da personalidade⁵³³.

De outro lado, a lei civil brasileira também contempla um rol de direitos exemplificativo, porém catalisa críticas por ser sintética e pelas suas omissões e por tratar tais direitos de modo meramente estruturais, sem a funcionalidade conferida por legislações contemporâneas⁵³⁴.

Considerando-se, como já foi dito no primeiro capítulo, que a colisão de direitos fundamentais encontra na ponderação seu mais eficiente instrumento de solução, resultado da limitação de um dos direitos em proveito do outro, de maior peso, no caso concreto, num contexto de máxima de otimização dos direitos, necessário conhecer o conteúdo protegido dos direitos que a doutrina majoritária reconhece em colisão, relacionados com o tema dessa Dissertação⁵³⁵.

4.1.1. O direito à identidade pessoal e genética

O direito à identidade pessoal volta-se à tutela da dignidade humana, no tocante à defesa de tudo quanto se relaciona com infungibilidade, indivisibilidade e irrepetibilidade da pessoa humana⁵³⁶. O conteúdo desse direito compreende aquilo que singulariza o ser humano,

⁵³¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direitos de personalidade**, p. 53.

⁵³² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 55-56.

⁵³³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 61.

⁵³⁴ SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade (Entrevista - Carta Forense)**, [em linha].

⁵³⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 796/803/806.

⁵³⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Op. Cit.**, p. 73.

enquanto tal, o direito a ter o seu próprio patrimônio genético, que tem no genoma as bases dessa individualidade⁵³⁷ e que torna cada pessoa única e irrepetível.

O bem jurídico identidade pessoal está relacionado, primeiramente, com a identidade do homem consigo mesmo e, de conseguinte, vincula-se a íntimas necessidades humanas e alcança o ápice de valor como qualidade humana na medida que o ser humano, conhecendo-se e amando-se a si mesmo, passa a aceitar-se e assume sua própria identidade⁵³⁸.

O direito à identidade pessoal inclui, para além do prenome recebido dos pais, o patronímico deles que sinalizam a origem da pessoa. Oliveira e Pereira aduzem que o direito à identidade pessoal compreende o direito à historicidade pessoal que se relaciona com o direito a conhecer a identidade de seus ascendentes, a significar o direito à localização familiar, a permitir a identificação de seus parentes e sua proveniência geográfica e social⁵³⁹. Consiste no direito a desvendar seu itinerário biográfico, a sua historicidade, de primordial importância na autodeterminação da pessoa.

A adequada compreensão do direito à identidade pessoal inclui a tutela da verdade da pessoa em si mesma, que não admite alterações sobre fatos essenciais sobre a pessoa, opondo-se à omissão de elementos pessoais fundamentais ou pela inserção de fatos irreais⁵⁴⁰. O direito à identidade pessoal abrange, pois, o direito à verdade pessoal⁵⁴¹.

A existência do direito à verdade⁵⁴² é defendido por Varela que o define como um valor de elevado nível ético-jurídico que, inobstante não acolhido em constituições ou leis, materializa um dos pilares da nova ordem jurídica das nações mais civilizadas e que na relação Estado-administrado assume a forma do dever de transparência⁵⁴³. Transposto para o ambiente democrático das relações familiares contemporâneas, o direito à verdade impõe a postura ética de revelação das origens da pessoa num lapso de tempo com o mínimo risco de adulteração dos fatos⁵⁴⁴.

⁵³⁷ Art. 1.º “O genoma constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos**, [em linha].

⁵³⁸ RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa – **O direito geral de personalidade**, p. 245.

⁵³⁹ COELHO, Francisco Brito Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família. Vol. II.**, p. 51.

⁵⁴⁰ CUPIS, Adriano *apud* RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa – **Op. Cit.**, p. 245.

⁵⁴¹ CARVALHO, Adriano de *apud* *Idem* – **Op. Cit.**, p. 245.

⁵⁴² VARELA, João Antunes – **A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro**, p. 34-35.

⁵⁴³ Bittar refere que fatos recentes no Direito brasileiro sinalizam para o reconhecimento do direito à memória e à verdade, tais como as medidas legais e administrativas voltadas à apuração de crimes cometidos durante a ditadura militar. BITTAR, Carlos Alberto – **Os Direitos de personalidade**, p. 101.

⁵⁴⁴ VARELA, João Antunes – **Op. Cit.**, p. 35.

A importância da identidade na constituição do sujeito e também na sua relação com o mundo é perfeitamente apreendida por Rabindranath que, com precisão cirúrgica, define que a identidade faz “a ponte entre a unidade psicossomática e a unidade “eu-mundo” da personalidade, sendo síntese e remate daquela e abertura desta.”^{545,546,547}.

Em outras palavras, está-se a falar das duas dimensões da identidade pessoal: a individual, que constitui a base biológica e tem sua referência no genoma⁵⁴⁸, denominada de identidade genética e a relativa que se caracteriza pelo ser no mundo, levando em conta o modo como a pessoa se relaciona com as demais e os aspectos atinentes a sua historicidade⁵⁴⁹.

A Revisão Constitucional portuguesa de 1997, introduziu no n.º 3 do art. 26.º o direito à identidade genética, na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias.

Na concepção de Duarte, inequivocamente pretendeu o constituinte espantar qualquer dúvida quanto ao direito do filho nascido das técnicas de PMA à sua identidade genética, que pressupõe o direito a conhecer sua ascendência genética, de saber quem foram aqueles que lhes transmitiram a informação única e irrepetível que o singulariza como indivíduo e o identifica.⁵⁵⁰

Henrique Motta, por sua vez, que se dedicou a estudar esse direito, é categórico em afirmar sua existência na CRP, antes mesmo da Revisão de 1997, como direito constitucionalmente material, pela via da cláusula aberta⁵⁵¹.

A definição de identidade pessoal contida no acórdão n.º 23/2006, do Tribunal Constitucional vai ao encontro da tese de Motta:

[O] direito à identidade pessoal inclui não apenas o interesse na identificação pessoal (na não confundibilidade com os outros) e na constituição daquela identidade, como também, enquanto pressuposto para esta autodefinição, o direito ao conhecimento das próprias raízes. Mesmo sem compromisso sem quaisquer determinismo, não custa reconhecer que saber quem se é, remete logo, (pelo menos também) para saber quais são os seus antecedentes, onde estão as raízes familiares, geográfica e culturais, e também genéticas (cf. aliás, também a referência a uma identidade genética que o artigo 26, n.º 3, da Constituição considera constitucionalmente relevante. (...) Deve, pois, dar-se por adquirida a consagração, na Constituição, como dimensão do direito

⁵⁴⁵ RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa – *Op. Cit.*, p. 245.

⁵⁴⁶ Direcionando o olhar para a construção da identidade da criança, numa perspectiva transdisciplinar, importa mencionar o contributo da Psicologia a informar que “em todas as culturas, a família dá a seus membros o cunho da individualidade, de modo que a subjetivação consiste num correlato essencial da constituição biológica.” TRINDADE, Jorge – **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**, p. 91.

⁵⁴⁷ Segundo Trindade numa fase inicial da socialização, as famílias atuam modelando e programando o comportamento e o significado da identidade da criança. *Ibidem*.

⁵⁴⁸ DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**, p. 44.

⁵⁴⁹ PETERLE, Selma Rodrigues – **O direito à identidade genética na Constituição Brasileira**, p. 111.

⁵⁵⁰ DUARTE, Tiago – *Op. Cit.*, p. 44.

⁵⁵¹ MOTTA, Henrique – Interrupção voluntária da gravidez. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. I.**, p. 307.

à identidade pessoal, consagrado no artigo 26.º, n.1, de um direito fundamental ao conhecimento e reconhecimento da maternidade e paternidade⁵⁵².

Em tempos anteriores à expressa referência ao direito à identidade genética, Duarte já defendia que a alusão ao direito à identidade pessoal, embora não traduzisse muita clareza, não poderia ensejar a conclusão de que tivesse sido negado o direito dos filhos concebidos por PMA a conhecer a identidade de seus ascendentes genéticos, rechaçando, inclusive, a posição de Silva para quem era suficiente que o filho tivesse acesso ao seu código genético e às características do doador, sendo desnecessária sua identificação.⁵⁵³

Alinha-se à posição de Duarte a jurista Vera Lúcia Raposo, para quem a identidade genética possui três acepções: direito a não ter sua identidade manipulada; direito a não ser clonado e o direito a conhecer a ascendência genética.⁵⁵⁴

De acordo com Raposo esse direito não se esgota na mera informação dos dados fenotípicos dos doadores do material genético, mas, ao reverso, define-se a partir da consideração de valores e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, tais como o melhor interesse da criança, o princípio da igualdade e a responsabilidade reprodutiva.⁵⁵⁵

Canotilho e Moreira formulam dúvidas quanto ao sentido normativo do art. 26.º, n.º 3, ao tutelar a dignidade pessoal e a identidade genética, salientando que a se tratarem de biodireitos, cabível seria perquirir se constituiriam direitos autônomos⁵⁵⁶ ou se configuram novas dimensões de direitos fundamentais já consagrados como o direito à identidade pessoal ou o livre desenvolvimento da personalidade.⁵⁵⁷

Sob a ótica da Constituição Brasileira, Peterle analisa o direito à identidade genética, considerando três perspectivas: primeiro, referindo-se ao direito a um código genético próprio, o que justifica a vedação da clonagem reprodutiva, a qual exclui a possibilidade de o novo ser ter o seu próprio patrimônio genético; segundo, abrangendo o direito a não ter exposta a sua identidade genética, quando submetida a pessoa a testes genômicos, evitando eventuais discriminações; terceiro, incluindo a proteção de não ter o patrimônio genético modificado pela ação das terapias gênicas.^{558,559}

⁵⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão com n.º 23, de 10 de janeiro de 2006, [em linha].

⁵⁵³ SILVA, Paula Martinho da *apud* DUARTE, Tiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**, p. 42.

⁵⁵⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 803.

⁵⁵⁵ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 809-811.

⁵⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol I.**, p. 472.

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ PETERLE, Selma Rodrigues – **Direito à identidade genética**, p. 114-115.

⁵⁵⁹ A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (DIDGH), aprovada por unanimidade, reconhece que cada pessoa tem sua própria configuração genética peculiar (art. 3.º), determinando *proteção* a seus dados

4.1.2. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, passou a integrar o rol do art. 26, da Constituição portuguesa, a partir da reforma constitucional de 1997, e é dentre eles o que possui ligação mais próxima com a autonomia privada⁵⁶⁰. Esse direito está relacionado com a construção da identidade num contexto de autodeterminação e autoconformação, sem interferência estatal, dentro de ampla liberdade de decidir, contanto que não venha a colidir com direitos de terceiros^{561,562}.

O bem jurídico tutelado pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade é a personalidade do ser humano vivo, no seu ciclo evolutivo, tanto no eu consigo como no eu-mundo, levando em conta a variedade de elementos que a formam, dentre outros, suas capacidades, potencialidades, os níveis e os estágios evolutivos conquistados ou os possíveis de sê-lo e, bem assim, o poder de autodeterminação de quem o titula, sob um prisma estático e dinâmico⁵⁶³.

Na busca de um conceito de personalidade, recorrendo-se à transdisciplinaridade, encontra-se na Psicologia sua definição como o conjunto biopsicossocial dinâmico que habilita a pessoa a habilitar-se consigo mesmo e com o meio, numa equação composta de fatores hereditários e vivenciais^{564,565}, estruturada por Freud sob a forma de *id*, *ego* e *superego*, em que o primeiro, a instância do inconsciente, tem suas reações inteiramente

genéticos, assim consideradas as informações relacionadas com suas características hereditárias, obtidas por meio de análise de ácidos nucleicos ou outras análises científicas. Considerados dados sensíveis, a exigir um alto nível de proteção, assim como as amostras biológicas, impôs que as coletas apenas se restringissem aos fins ditados na Declaração, arrolados no art. 5.º, que inclui diagnóstico e cuidados de saúde, incluindo rastreios e os testes preditivos, investigação médica e científica abrangendo epidemiológico e de genética de populações, na medicina forense e quaisquer outras finalidade que sejam compatíveis com a Declaração Internacional do Genoma Humano e Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA DIVISÃO DE ÉTICA DAS CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS – **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, [em linha].

⁵⁶⁰ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva – **A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade**, p. 272.

⁵⁶¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 273.

⁵⁶² “Naturalmente o direito de personalidade de cada indivíduo é limitado pelos direitos ao desenvolvimento da personalidade dos demais indivíduos da comunidade jurídica, devendo os titulares desses direitos iguais ou da mesma espécie (quando as manifestações do direito ao desenvolvimento da personalidade forem diversas mas de valores idênticos), em cada caso de concreta colisão, ceder na medida do necessário para que todos os direitos ao desenvolvimento da personalidade produzam igualmente seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes (art. 335.º, n.º 1, do Código Civil). RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa – **O direito geral de personalidade**, p. 358.

⁵⁶³ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 352.

⁵⁶⁴ TRINDADE, Jorge – **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**, p. 77.

⁵⁶⁵ Identificando a importância do componente genético na formação da personalidade Miranda e Medeiros consideram que a identidade genética é um elemento essencial do direito à identidade pessoal. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa anotada. Tomo. I.**, 284.

ditadas por padrões hereditários fixos⁵⁶⁶, adquiridos 40 minutos após a fecundação, pela combinação de genes materno e paterno⁵⁶⁷.

Valiosa contribuição empresta ao debate Barbas, que é categórica em afirmar que o ser humano é tanto carga genética⁵⁶⁸ quanto sociabilidade, considerando, no entanto, tratar-se de um misto desigual, porquanto a primeira é condicionante da segunda e esta, por sua vez, transfigura aquela. Finaliza asseverando que o homem, da concepção à morte mantém-se em permanente processo de personalização, o que permite afirmar que “a pessoa é, por excelência, um ser circunstanciado.”⁵⁶⁹.

É de se observar que a ideia de personalidade que esse direito contempla compatibiliza-se com o conceito de pessoa de Mirandola, de que já se tratou no item 1.1, para quem o homem é artífice de sua própria natureza, por possuir um dom auto-constituente. O sentido dessa personalidade em desenvolvimento é sintetizado com sabedoria por Vasconcelos, segundo quem a pessoa “desenvolve-se naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser”⁵⁷⁰.

Canotilho e Moreira consideram que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um direito subjetivo fundamental cujo âmbito de proteção compreende a formação livre da personalidade, a salvo de ingerência estatal, que permite a auto-afirmação; a proteção da liberdade de ação, do sujeito autônomo, de decidir se auto-expor ou não na interação com os outros em espaços públicos; e a proteção da integridade da pessoa relacionada com a criação ou desenvolvimento de pressupostos essenciais ao desenvolvimento da personalidade, e por pertinente com o tema em discussão, destaca-se o “direito ao conhecimento da paternidade e maternidade biológica.”⁵⁷¹.

Os autores destacam que na dimensão de formação da personalidade, esse direito encontra eco no art. 69.º, da carta constitucional portuguesa que consagra às crianças o direito ao desenvolvimento integral, que se interconecta com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e deve ser entendido, levada na devida conta, sua particular condição de pessoa em formação.⁵⁷²

⁵⁶⁶ TRINDADE, Jorge – **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**, p. 78.

⁵⁶⁷ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 31.

⁵⁶⁸ A importância do componente genético vem registrada nas palavras de Freud para quem “nenhuma geração é capaz de esconder eventos psíquicos relevantes daquela que a sucede.”. FREUD, Sigmund – **Totem e tabu**, p. 167.

⁵⁶⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas – **Direito do genoma humano**, p. 13.

⁵⁷⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direitos de personalidade**, p. 75.

⁵⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol. I**, p. 464.

⁵⁷² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 867- 869.

4.1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada

O direito à intimidade da vida privada é primordialmente um direito contra o Estado⁵⁷³, o qual apenas pode proceder investigações nesse âmbito, havendo autorização constitucional e, ainda assim, no limite estritamente necessário. Ao mesmo tempo, é um direito a ser oposto a qualquer particular.⁵⁷⁴

Trata-se do direito a uma zona de privacidade, resguardada, indevassável, cujo alcance material está relacionado com a vida familiar, doméstica, sexual e afetiva. Resume Vasconcelos que esse direito traduz-se como o direito de ser deixado em paz, a salvo da curiosidade alheia⁵⁷⁵. Bittar, referindo-se ao direito à intimidade, sem distingui-lo do direito à privacidade, entende que esse direito relaciona-se com a exigência de resguardo de determinadas circunstâncias da vida familiar ou privada contra o conhecimento de estranhos.⁵⁷⁶

Vasconcelos, recorre à teoria das esferas concêntricas, num esforço para individualizar os três níveis em que se desenrola a vida da pessoa: a esfera da vida íntima, da privada e da pública. O autor salienta a importância muito mais didática da teoria, apontando falha, na prática, porque não alcança a exatidão o que se propõe, haja vista que *a priori* não se pode definir padrões e estabelecer níveis de privacidade, os quais se constroem na realidade dialética do eu com o outro. É saber que, nessa questão, inafastável o casuísmo, levando-se em conta que as pessoas e as circunstâncias não são iguais⁵⁷⁷.

O direito à reserva da vida privada, no Código Civil Português é previsto apenas no art. 80.º, composto dos números 1 e 2, importando destacar que no n.º 2, o sábio legislador estabeleceu parâmetros para a proteção desse direito, sendo o primeiro, de índole objetiva, a depender da natureza do caso e o outro, subjetiva, em função da condição das pessoas⁵⁷⁸.

Já é possível, de antemão, antever que a circunstância objetiva guarda relação com os valores que, considerados em concreto, autorizam o afastamento da proteção ao direito e a invasão na intimidade, dentro de limites constitucionais ou legais, impondo àquele que dele se beneficie, o Estado ou particular a manutenção do sigilo⁵⁷⁹.

⁵⁷³ CORDEIRO, Antônio Menezes – **Tratado de Direito Civil. Vol. IV**, p. 267.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direitos de personalidade**, p. 79.

⁵⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto – **Os Direitos da Personalidade**, p. 173.

⁵⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.*, p. 81.

⁵⁷⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes – *Op. Cit.*, p. 273

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

No que tange ao elemento subjetivo, guarda relação com a posição da pessoa cuja privacidade deve ser resguardada, seu nível de exposição, em face de circunstâncias peculiares como é o caso de políticos e celebridades⁵⁸⁰.

4.2. Do desejo ao direito de conhecer a própria origem

A indagação quanta à própria origem é contemporânea à existência do homem. O tema nos remete à partida ao inquietante dilema sofrido por Édipo, protagonista da magistral tragédia grega Édipo rei, de Sófocles, em que o desconhecimento das origens pelo personagem central levou-o a cometer incesto, casando-se com sua mãe Jocasta e a cometer parricídio contra seu pai Laio. A importância desse mito é de grande monta para a sociedade Ocidental, haja vista que esses dois eventos trágicos acabaram por se converter no fundamento sobre o qual se constrói o complexo de Édipo, princípio essencial da Psicanálise⁵⁸¹, inaugurada por Freud⁵⁸².

A história de Moisés, contada no Pentateuco, expressa a importância do conhecimento das origens. A Bíblia Sagrada narra que, retirado das águas pela filha do Faraó, Moisés, hebraico de nascimento, preparado para desempenhar altas funções no Império egípcio, ao matar um soldado egípcio que maltratava um hebreu, perseguido pelo Faraó pelo assassinato, fugiu e foi buscar acolhida junto ao seu povo, ao qual se uniu e permaneceu até o fim de seus dias.

A ideia de um direito ao conhecimento das origens, prevalente sobre a máxima *pater semper incertus est* surge na Alemanha, por volta dos anos 40 do século XX, servindo aos interesses da doutrina nazista, em especial, ao odioso propósito de selecionar a raça ariana e promover a discriminação racial.⁵⁸³

O primeiro documento internacional a aludir ao direito ao conhecimento das origens é a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, que, em seu art. 8.º, reconhece a todos os homens o direito ao respeito à vida privada e familiar, assim como do seu

⁵⁸⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes – **Tratado de Direito Civil. Vol. IV**, p. 274.

⁵⁸¹ O complexo de Édipo é definido pelo Pai da Psicanálise como princípio essencial da Psicanálise, “um fundamento da sociedade na medida em que assegurava uma escolha de amor normal.” FREUD, Sigmund *apud* ROUDINESCO, Elisabeth – **A família em desordem**, p. 47.

⁵⁸² A partir da tragédia grega, Freud elabora a teoria do complexo edípico e sua teoria do psiquismo inconsciente: “A lenda grega captou uma compulsão que todos reconhecem porque todos a sentiram. Cada espectador foi um dia em germe, na imaginação, um Édipo, e se aterroriza diante da realização de seu sonho transposto na realidade. Estremece diante de toda a dimensão do recalque que separa seu estado infantil de seu estado atual.” FREUD, Sigmund *apud Idem* – **Op. Cit.**, p. 59.

⁵⁸³ REIS, Rafael Vale e – Direito ao Conhecimento das Origens. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 197.

domicílio e correspondência, que ensejou de parte do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TED) a inferência de que a proteção à vida privada incluía o direito de conhecer as origens⁵⁸⁴.

É inegável a contribuição do TEDH na delimitação do conteúdo desse direito, notadamente, a partir do caso *Gaskin vs. Reino Unido* de 1989. Em dito julgamento, o requerente, órfão, enquanto criança, fora mantido sob a proteção do Reino Unido e pretendia ter acesso aos registros sobre sua história, o que lhe fora negado pelo Estado. A Corte entendeu haver um interesse vital amparado pelo art. 8.º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, em receber informação necessária para conhecer e compreender sua infância e seu desenvolvimento inicial e que decisão em contrário viola o princípio da proporcionalidade.⁵⁸⁵

A construção da dogmática do direito ao conhecimento das origens merece ser creditada à doutrina e jurisprudência alemãs. Somente em meados dos anos 70, Kleineke encontra na Constituição alemã, a gênese do direito ao conhecimento das origens, amparado no princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizando-o como uma subespécie do direito geral de personalidade. A tese recebeu acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao final da década seguinte, repercutindo no ordenamento jurídico de outros Países.⁵⁸⁶

É paradigmático o Acórdão do *Bundesverfassungsgericht*, de 1989, que se referia à pretensão de uma filha de mãe solteira de desvendar a identidade de seu pai, resistida por sua mãe, alegadamente em defesa de sua intimidade e do genitor. A decisão faz expressa referência ao direito ao conhecimento das origens como direito fundamental, relacionando-o com a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, merecendo parcial transcrição: “Enquanto característica individualizadora, a ascendência [Abstammung] pertence à personalidade, e o conhecimento das origens permite a cada um obter, independentemente da extensão dos resultados científicos, importantes elementos para compreensão e o desenvolvimento da sua própria individualidade. Daí que o direito [geral] de personalidade [do artigo 2ª, alínea 1, da Grundgesetz] inclua também o conhecimento da ascendência”⁵⁸⁷.

O direito ao conhecimento da origem genética pode ser definido como o direito a ser reconhecido a qualquer pessoa de, sem obstáculos que o justifique, ter acesso à identidade

⁵⁸⁴ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – Acórdão n.º 10.454/38, 7 de julho de 1989, [em linha].

⁵⁸⁵ STANZIONE, Maria Gabriella – Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 98.

⁵⁸⁶ REIS, Rafael Vale e – Direito ao Conhecimento das Origens. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p.197.

⁵⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018, [em linha].

dos respectivos progenitores e, em face de determinadas circunstâncias, obter o reconhecimento jurídico do vínculo biológico⁵⁸⁸.

Embora o direito ao conhecimento das origens genéticas não seja um direito constitucional em Portugal, é reconhecido como integrante da constituição material, devido à abertura do catálogo de direitos fundamentais, conforme o art. 16.º, n.º 1, da CRP. A esse respeito, providencial mencionar Campos e Campos, a asseverarem que, a despeito de não estar incluído na Constituição formal, reconhecem o direito a ter pai e mãe como integrante da Constituição material, concebendo-o como o direito que titula qualquer pessoa a conhecer sua paternidade e maternidade biológicas e ser assistido por seus ascendentes.⁵⁸⁹

O processo de construção do direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas no ordenamento português, segundo Reis⁵⁹⁰, inicia-se pelo princípio supremo da dignidade da pessoa humana, a partir de seu poder unificador do sistema de direitos fundamentais, do direito à identidade pessoal (art. 26, n.º 1), do qual deriva o direito à auto e hetero-referenciação pessoal, bem assim do direito à historicidade, do direito à integridade pessoal (art. 25.º, n.º 1) que assegura a preservação psicossomática da pessoa e do direito ao desenvolvimento da personalidade, cuja plenitude supõe o conhecimento das origens e, por fim, do direito à verdade, como bem defende Varela.⁵⁹¹

De igual forma, também, a Carta Constitucional brasileira não relaciona esse direito no seu catálogo de direitos fundamentais, sendo possível considerá-lo incluído na constituição material pela cláusula de abertura do art. 5.º § 2.º, da CF, com fundamento na cláusula geral de tutela da pessoa humana, que provém do princípio da dignidade da pessoa humana, estruturante do Estado Brasileiro, conforme já se referiu anteriormente.

O adequado enfrentamento do tema supõe, em primeiro plano, estabelecer o conteúdo desse direito; em momento posterior, definir se se trata de um direito absoluto, ou de direito sujeito a balanceamento frente à eventual colisão de direitos das demais pessoas implicadas; e, por fim, determinar como será realizado o processo de ponderação, caso se conclua cabível⁵⁹².

⁵⁸⁸ REIS, Rafael Vale e – Direito ao conhecimento das origens genéticas. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 195.

⁵⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Monica Martinez de – **Lições de Direito de Família**, p. 107

⁵⁹⁰ REIS, Rafael Vale e – *Op. Cit.*, p. 199.

⁵⁹¹ VARELA, João Antunes – **A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro**, p. 34-35.

⁵⁹² STANZIONE, Maria Gabriella – Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 94.

O conteúdo desse direito, segundo o jurista português Reis, abrange não só a investigação da paternidade/ maternidade como também o direito a impugnar a filiação, em situações em que já esteja estabelecida, o que reforça o biologismo do sistema português, permitindo a correspondência entre a parentalidade biológica e jurídica⁵⁹³, afastando a mentira quanto à historicidade.

Admite o citado doutrinador como perspectiva desse direito, o direito do filho adotado de conhecer a identidade de seus pais, do mesmo modo que considera como dimensão desse direito, o direito de filhos havidos por meio da reprodução assistida heteróloga a acederem à identidade dos ascendentes genéticos, assim como o acesso à identidade da gestante de substituição, quando concebidos por essa técnica⁵⁹⁴.

O debate sobre o conhecimento das origens, de que o conhecimento da identidade dos ascendentes dos genéticos, na reprodução heteróloga é uma perspectiva, deve ser examinado sob dois ângulos: primeiro, em relação aos filhos que desejam investigar ou impugnar a paternidade ou maternidade, com vistas à formação ou alteração do vínculo parental e, portanto, como expressão do desejo de constituir família, matéria afeta ao Direito de Família e, em segundo lugar, no que concerne aos que já possuem filiação estabelecida e pretendem, somente, esclarecer a existência de vínculo genético, em defesa de um direito de personalidade, inserido nos domínios do Direito Civil e nesse caso, de efeito apenas declaratório⁵⁹⁵.

Tal diferença é feita pelo próprio Tribunal Constitucional que reconhece a distinção entre o direito ao conhecimento da paternidade biológica e o direito ao estabelecimento do vínculo jurídico da filiação, consideradas dimensões autônomas do direito à identidade pessoal⁵⁹⁶, consoante enfatiza o acórdão 225/2018.

4.2.1. A evolução normativa e jurisprudencial do direito ao conhecimento das origens genéticas na perspectiva da constituição da parentalidade em Portugal e no Brasil

À medida em que o conhecimento das origens genéticas foi se afirmando como direito fundamental de personalidade, associado ao conteúdo do direito à identidade pessoal, diversas modificações legislativas foram se sucedendo, tanto no sistema jurídico português como no brasileiro.

⁵⁹³ REIS, Rafael Vale e – Direito ao Conhecimento das Origens. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 200.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, p. 358.

⁵⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão 225, de 24 de maio de 2018**, [em linha].

No âmbito do Direito português, a preocupação com a tutela do direito de personalidade e a valorização da coincidência entre o vínculo biológico e o jurídico, a essa altura facilitada pelo desenvolvimento dos testes de DNA⁵⁹⁷, provocou a parcial derrocada do princípio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, passando a permitir o art. 1832.º, n.º 1, do Código Civil, que a mulher casada declare que o filho não pertence ao marido, superando o preconceito do adultério, comodamente acobertado pelo regime de presunção anterior.

A ampliação dos legitimados ativos para impugnar a paternidade presumida, para além do marido (art. 1822, n.º 2), vindo a incluir a mãe e o filho (art. 1806.º, *in fine* e 1824.º) foi outra inovação legislativa que favoreceu o conhecimento da verdade biológica.

Iniciaram-se debates em torno da inconstitucionalidade do estabelecimento de prazos de caducidade para a propositura das ações de investigação de paternidade por, alegadamente, implicarem em limitações a direitos constitucionais, a saber o direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.⁵⁹⁸

De outra banda, havia argumentos no sentido de que a existência de prazo conferia segurança jurídica aos supostos pais e seus herdeiros que não poderiam ficar indefinidamente à espera caprichosa do filho de lhe mover a ação investigatória⁵⁹⁹. Numa certa medida, esse argumento se relacionava com um outro, o receio do ajuizamento de ações tardias, com fim exclusivo de abocanhar o patrimônio do provável pai, prestes do final de sua vida ou mesmo já falecido, as chamadas ações caça-fortuna^{600,601}. O argumento da proteção da vida privada e familiar do pai era mais um que se opunha⁶⁰².

Tiveram início, também, discussões acerca da inconstitucionalidade por ofensa aos direitos à identidade pessoal, à integridade e desenvolvimento da personalidade, dos prazos de caducidade para a propositura das ações de investigação de paternidade por, alegadamente,

⁵⁹⁷ OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento da filiação**, p. 205.

⁵⁹⁸ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 199.

⁵⁹⁹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 198.

⁶⁰⁰ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 199.

⁶⁰¹ Analisando os efeitos dessas ações argentárias, movidas com mero intuito mercenário, filiamo-nos ao entendimento de que a elas deveria ser aplicado o instituto da *supressio*, declarando-se apenas o vínculo biológico, porquanto direito de personalidade, sem a constituição da parentalidade e quaisquer efeitos patrimoniais. Tal orientação estaria na linha do pensamento de Dworkin, para quem os órgãos da justiça devem se orientar por princípios aos quais o filósofo americano refere-se como padrões, atendendo a “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald *apud* ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de; GUIMARÃES, Vanessa Albuquerque Rocha – Multiparentalidade: uma breve abordagem sobre obrigação alimentar, efeitos sucessórios e outras questões de relevo. In RAMPAZZO, Adriane *et al.* (org.) – **Diálogos de Família e Sucessões. Vol. IV**, p. 247.

⁶⁰² OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento da filiação**, p. 207.

implicarem em limitações a direitos constitucionais, tendo sido a matéria levada à apreciação do Tribunal Constitucional em muitas ocasiões, desde o ano de 1988⁶⁰³.

Em 2005, em grau de recurso o TC manteve decisão que considerou inconstitucional o art. 1817.º, n.º 1, do CC, que limitava a dois anos o prazo do filho propor investigação de paternidade, tendo como *dies a quo* a maioridade ou a emancipação⁶⁰⁴. A decisão da Corte foi no sentido de considerar constitucional o prazo, porém, entendendo que o início de sua fluência deveria ser considerada a data em que o filho tomou conhecimento da suposta paternidade biológica.

Em 2006, por exemplo, o TC examinou novamente a inconstitucionalidade do art. 1817.º, n.º 1, do CC, no tocante à exiguidade do prazo de dois anos para o filho propor investigação de paternidade, reconhecendo-a por afronta ao direito à identidade pessoal, ao direito de constituir família e por restrição indevida de direitos assegurados na Lei Maior⁶⁰⁵.

Não tardou para que modificação legislativa alterasse o prazo de caducidade do n.º 1, do art. 1817.º que resultou ampliado para 10 anos, oferecendo maior oportunidade ao filho de conhecer sua ascendência biológica.

No Brasil, apesar do biologismo não ser um critério predominante, as ações de investigação de paternidade/maternidade são imprescritíveis e configuram direito personalíssimo do filho, consoante art. 27.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁶⁰⁶ e, da mesma forma, as impugnações de paternidade/ maternidade, o que é regra, em se tratando de ações de estado.

Algumas novidades legislativas introduzidas na Lei 8.560, de 1992⁶⁰⁷, norma que regulamenta a investigação de paternidade de filhos concebidos fora do casamento, demonstram a importância que o direito ao conhecimento da origem biológica foi conquistando, destacando-se o acréscimo do §1.º ao art. 2.º-A, introduzido pela Lei n.º 12.004/2009, o qual estabeleceu a presunção de paternidade (extensível à maternidade), quando o investigado se recusasse à realização do exame de DNA.^{608,609}

⁶⁰³ OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento da filiação**, p. 204.

⁶⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 11, 12 de janeiro de 2005**, [em linha].

⁶⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 23, 10 de janeiro de 2006**, [em linha]

⁶⁰⁶ LEI n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, [em linha].

⁶⁰⁷ LEI n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992, [em linha].

⁶⁰⁸ LEI n.º 12.004, de 29 de julho de 2009, [em linha].

⁶⁰⁹ Merece destaque o voto do Ministro Francisco Rezek proferido no julgamento do Habeas Corpus 7173-4, sob sua relatoria, que resultou vencido em decisão não unânime, manejado contra decisão que determinava a condução coercitiva de suposto pai para realização de exame de DNA: “Assim, a dita intimidade de um, não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro, e mais a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-lo a salvo de toda a negligência. Como bem ponderou o **parquet** federal, no desfecho de sua manifestação, “não há forma mais grave

Mais recentemente, entrou em vigor a Lei 14.138, de 2021⁶¹⁰ que acrescentou o § 2.º ao art. 2.º A, estatuinto a presunção de paternidade (aplicável à maternidade) em favor de filho de suposto ascendente morto, na hipótese de recusa dos sucessores em se submeter ao exame de pareamento do código genético, a ser examinada de acordo com o contexto probatório.

O próprio julgamento pelo STF, do RE n.º 898.060,⁶¹¹ que reconheceu a duplicidade de vínculos jurídicos de parentalidade, representa esse momento de valorização da descoberta do vínculo biológico como direito de personalidade, identificado com o princípio da dignidade da pessoa humana e demais direitos de personalidade a que já se referiu.

Importa registrar, também, decisão recente do STF que relativizou os efeitos da coisa julgada em ações de investigação de paternidade julgada improcedente. A hipótese examinada referia-se a investigante, sem paternidade constituída, que, ainda criança, ajuizou ação de investigação de paternidade e obteve contra si sentença de improcedência, por impossibilidade de custear o exame de DNA para conferir certeza à paternidade. Tempos depois, já adolescente, propôs nova ação, em que saiu vencido, por entender o juízo de origem a ocorrência da coisa julgada.

Em sede de Recurso Extraordinário, o STF reconheceu que, enquanto direito de personalidade, o conhecimento da identidade genética sobrepõe-se à segurança jurídica. A matéria julgada, dotada de repercussão geral, faz referência a alguns outros julgamentos do STJ, nesse mesmo sentido⁶¹², merecendo parcial reprodução a ementa do acórdão:

(...)

Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.⁶¹³

de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre...”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **HC 71373-4, de 10 de novembro de 1994**, [em linha].

⁶¹⁰ LEI n.º 14.138, de 16 de abril de 2021, [em linha].

⁶¹¹ Ao se tratar da Multiparentalidade, no Item 2.3.1, o acórdão RE n.º 898.060 foi objeto de análise.

⁶¹² O acórdão, ainda, expressa a necessidade de que o Parlamento promova avanços legislativos nessa direção, fazendo, inclusive referência a Projetos de lei que outrora tramitaram na Casa Legislativa e resultaram arquivados.

⁶¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 363.889, de 02 de junho de 2011**, [em linha].

4.2.2. O direito ao conhecimento das origens na aceção exclusiva dos direitos de personalidade dos filhos adotivos e dos havidos por meio da reprodução assistida heteróloga na perspectiva luso-brasileira

A discussão acerca do direito dos filhos havidos por meio de reprodução assistida heteróloga conhecerem a identidade de seus ascendentes biológicos remonta à metade dos anos setenta, sob influência da nova ordem constitucional democrática que se estabeleceu mundo afora, e é cercado de complexidades, a exigir uma dedicada e não menos delicada reflexão, face à natureza dos interesses envolvidos. No continente europeu, esse debate tem início impulsionado pela luta a favor dos filhos adotivos de conquistarem o direito de encontrarem suas origens e sua própria história.⁶¹⁴

No mesmo ano em que o Acórdão do *Bundesverfassungsgericht* reconheceu que o conhecimento da paternidade biológica era um direito fundamental de personalidade, foi promulgada a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança, o instrumento de direitos humanos mais ratificado até hoje. Ao todo, 196 Países ratificaram-na.⁶¹⁵

O texto convencional estabelece em seu artigo 7.º, n.º 1⁶¹⁶, o direito da criança a conhecer os seus pais e, tanto quanto possível, ser cuidada por eles. E mais não fosse, o art. 7.º, n.º 2⁶¹⁷ estatui como dever dos Estados fazer cumprir esses direitos, na forma de seus direitos internos, o que torna indubitosa a necessidade de que cada um deles possua lei que discipline as condições em que esse direito do público infante-juvenil será realizado.

Assim, o direito a conhecer a identidade dos ascendentes genéticos, dissociado do contexto da parentalidade, encontra na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIRC) seu primeiro porto ancoradouro. Consagrado como um direito humano da pessoa

⁶¹⁴ STANZIONE, Maria Gabriella – Nascimento anónimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 96.

⁶¹⁵ Somente os Estados Unidos não a ratificaram, mas chegaram ao assinar formalmente o documento. CONVENÇÃO sobre os direitos da criança, [em linha].

⁶¹⁶ Art. 7.º, n.º 1 “A criança deve ser registrada imediatamente após seu nascimento e, desde o momento do nascimento, terá direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e ser cuidada por eles.”

⁶¹⁷ Art. 7.º, n.º 2 “Os Estados Partes devem garantir o cumprimento desses direitos, de acordo com a legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, especialmente no caso de crianças apátridas.”

humana em formação, esse direito se inscreve no sistema de direitos humanos^{618,619} inspirado pela doutrina da proteção integral, que reconhece nos pequenos seres a marca da dignidade humana⁶²⁰, presente em todo o gênero humano.

O atento cotejo dos artigos 7.º e 8.º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança deixa estreme de dúvida que o conhecimento da ascendência é um dos elementos que compõe a identidade da criança, juntamente com o nome e a nacionalidade e que cumpre aos Estados respeitar⁶²¹, impondo-lhes o dever de agir para prestar assistência e proteção às crianças, quando privadas de algum deles, com vistas ao seu imediato restabelecimento⁶²², na forma de seu direito interno. Reporta-se, mais uma vez, à legislação do Estado Parte, como que a lembrá-lo de seu dever de soberania de promover a edição da correspondente lei doméstica para proteger esse direito.

Inobstante esse preceito inicialmente visasse a assegurar o direito dos filhos adotados a descobrirem quem são seus pais⁶²³, Stanzione destaca que a Comissão de Direitos Humanos da ONU (Resolução 1999/80, sobre os direitos das crianças), preconizou fosse estendido aos demais casos, vindo a alcançar os filhos concebidos por PMA, reconhecendo que o direito de conhecer as origens é essencial ao adequado desenvolvimento da personalidade, da criança⁶²⁴.

Importa, contudo, mencionar que pouco antes da entrada em vigor da CIDC, o que só veio a acontecer em setembro de 1990, no contexto europeu, o Parlamento Europeu

⁶¹⁸ Realizando um paralelo entre direitos humanos e dignidade humana afirma Barretto que “Ambos os conceitos situam-se no mesmo plano, a saber, referem-se à pessoa humana.” E prossegue: Enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade significou a marca da humanidade contra a barbárie. BARRETTO, Vicente de Paulo – **O fetiche dos direitos humanos**, p. 65.

⁶¹⁹ A Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi mais um documento internacional que se preocupou com a preservação dos dados sobre a origem da criança, impondo aos Estados em regime de mútua colaboração a guarda de informações relativas à identidade dos seus pais, assim como a história clínica da criança e da sua família”, como também garantia de acesso da criança ou de seus representantes legais a tais informações, no caso de ser permitido por esse Estado (art. 30, n.º1). Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. [em linha].

⁶²⁰ Os humanos são assim considerados porque todos são dotados de uma mesma dignidade, que é o critério último de reconhecimento. BARRETTO, Vicente de Paulo – *Op. Cit.*, p. 66.

⁶²¹ Art. 8.º n.º 1: Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

⁶²² Art. 8.º n.º 2: Os Estados Partes devem garantir o cumprimento desses direitos, de acordo com a legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, especialmente no caso de crianças apátridas.

⁶²³ O art. 8.º da CIDC foi resultado de uma proposição da Argentina e visava a obter uma disciplina normativa que fundamentasse os pedidos de filhos de desaparecidos durante a ditadura, na busca por suas origens. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão 225, de 24 de maio de 2018**, [em linha].

⁶²⁴ STANZIONE, Maria Gabriella – Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 97.

editou Resolução sobre Fecundação Artificial *In Vivo* e *In Vitro*, em março de 1989, em que vedou o sigilo acerca da identidade do doador.⁶²⁵

Embora se possa fazer uma aproximação entre o direito ao conhecimento das origens dos filhos adotivos e dos nascidos por PMA, há uma importante diferença na base fática entre um e outro caso. Os filhos adotivos antes de passarem a integrar a família afetiva, pelo menos, tiveram uma mãe ou uma mulher que lhes deu à luz, isto é, teve um vínculo parental anterior.

Essa sutil distinção, do ponto de vista da operatividade do direito ao conhecimento das origens dos filhos adotivos, convoca à discussão sobre o parto anônimo, cuja criança nascida e colocada em adoção, pode ficar privada do conhecimento de suas raízes, a depender do regime do País que o admite.

Atualmente chamados partos discretos, os partos anônimos estão restritos à França, Itália e Luxemburgo⁶²⁶. Apesar do *status* que alcançou o direito ao conhecimento das origens, a Itália é o País que possui a disciplina mais radical, no tocante ao parto anônimo, pois, recusado pela mãe o estatuto de maternidade, todos os registros em torno de sua identidade são eliminados, soterrando o direito dessas crianças de saberem quem lhes deu a vida em total prejuízo ao direito do filho.⁶²⁷

Em alguns Países vêm acontecendo reedições das antigas rodas dos enjeitados ou expostos, sob a forma de disponibilização de berços para que as mães deixem seus bebês, resguardando-se inteiramente do anonimato, prática essa que tem sido chamada de abandono anônimo⁶²⁸.

O abandono anônimo, para além de prejudicar a descoberta das origens, de consabida importância na constituição do sujeito, repercute na impossibilidade de averiguar impedimentos matrimoniais; na inviabilidade de mapeamento genético e tratamento de certas patologias e à minguagem de informações correspondentes ao histórico familiar desses filhos, tão importantes, afeta a anamnese para investigação de doenças geneticamente transmissíveis e, eventualmente, exclui a possibilidade de transplante de órgãos para cura de doenças, mais exitosas entre parentes consanguíneos mais próximos.⁶²⁹

⁶²⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 170.

⁶²⁶ STANZIONE, Maria Gabriella – Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 101.

⁶²⁷ *Ibidem*.

⁶²⁸ MELO, Pablo de Souza – **A aplicabilidade do instituto do parto anônimo no Direito Luso-Brasileiro**, p. 51.

⁶²⁹ Trata-se de solução pior do que o parto anônimo porque nesse caso, a criança está definitivamente privada do rastreio de suas origens, de sua identidade genética, em total afronta ao texto convencional. Paradoxalmente, a

De qualquer forma, não há como se negar, de um modo geral, os avanços alcançados desde o início dos debates sobre esse tema, merecendo destaque o progresso verificado no Direito italiano desde os anos 80, quando a Itália começou a discutir esse tema⁶³⁰, ao passar a reconhecer o direito dos filhos adotivos à informação acerca das circunstâncias de seu nascimento, conhecida como verdade narrativa, em condições que não lhes seja prejudicial, conforme prevê o art. 28, da lei de adoção italiana, após reforma de 2001⁶³¹. Isso não impede, no entanto, a necessária crítica quanto à manutenção das regras relativas ao parto anônimo.

Em Portugal, o direito do filho adotado conhecer suas origens, foi consagrado pela Lei 143/2015⁶³² que introduziu o art. 1990.º-A ao CC, nos seguintes termos: “Às pessoas adotadas é garantido o direito ao conhecimento das sua origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção.” (grifo nosso).

A despeito de a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁶³³, que remonta ao ano 2000, ter conferido a todas as crianças o direito a manter relações pessoais e contatos diretos com seus ascendentes, salvo se prejudicial a seus interesses, reafirmados como prioritários pelo instrumento, a distinção de tratamento entre adotados e os filhos nascidos de PMA seguiu sendo mantida em Portugal, preservado o anonimato do doador de gametas até a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que a assegurava, proclamada pelo TC em maio de 2018.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência impulsionaram o reconhecimento legislativo o direito dos filhos adotivos a conhecerem suas origens, antes mesmo da edição de diploma legal que o previsse.

Cita-se, a propósito, o pioneirismo do acórdão que julgou o Resp n.º 127.541, sob Relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, da Terceira Turma do STJ, no ano de 2000, quando reconheceu a um filho adotivo o direito ao conhecimento das origens, sem que houvesse lei que expressamente o garantisse, argumentando, em prol da viabilidade do direito do adotado, a inexistência de texto legal que proibisse revelar a identidade dos ascendentes biológicos. Segue

Alemanha, primeiro País a reconhecer o direito ao conhecimento das origens como direito fundamental de personalidade, assiste conivente à proliferação dos denominados *baby klappes* relegando essas crianças a uma condição indigna que, imaginava-se, fazia parte de um passado que não seria reprisado. MELO, Pablo de Souza – **A aplicabilidade do instituto do parto anônimo no Direito Luso-Brasileiro**, p. 51.

⁶³⁰ “In Italy, the legal debate on the right of the adopted person to know his or her origins, arisen in the Eighties, culminates after the reform (Legge, 28 marzo 2001, n.º 149)” STANZIONE, Maria Gabriela – Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 94.

⁶³¹ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 100.

⁶³² LEI 143, de 08 de setembro de 2015, em linha.

⁶³³ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA – **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**, [em linha].

abaixo a ementa do julgado: “Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.”⁶³⁴

Entretanto, foram necessários transcorrerem quase nove anos para que a alteração no art. 48, do ECA⁶³⁵, por força da Lei 12.010/2009, permitisse aos filhos adotados “o direito de conhecer sua origem biológica” e de ter acesso irrestrito ao respectivo processo a partir dos 18 anos de idade.

Apesar de o Brasil ter tomado a dianteira em relação ao País coirmão, nesse quesito, não houve avanço legislativo em relação à PMA, pois, conforme já se disse⁶³⁶, permanece sendo regulamentado por meio de Resolução do CFM.

4.2.2.1 O direito dos filhos nascidos de PMA a conhecerem a identidade de seus ascendentes genéticos

Analisa-se essa temática, tomando como paradigma a União Europeia onde tais discussões estão mais avançadas e porque, nesse continente, a PMA está largamente regulamentada em lei, embora entre um e outro Estado se encontrem diferenças no tratamento de algumas questões, como é o caso da que ora se enfrenta.⁶³⁷

Situação diversa ocorre em Países como os Estados Unidos, Japão e Índia que possuem apenas normas deontológicas⁶³⁸. Na América do Sul, somente se tem notícia de regulamentação legislativa na Argentina e Uruguai, os quais assumiram o pioneirismo de legislar sobre reprodução assistida, em 2013⁶³⁹, enquanto o Brasil luta desde 1993 por aprovação de um diploma legal que regule direito fundamental dessa envergadura.

⁶³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 127541, de 28 agosto de 2000**, [em linha].

⁶³⁵ Art. 8.º “O adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.”

⁶³⁶ Conforme já se discorreu no Capítulo 3 dessa dissertação.

⁶³⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – **Dá-me licença que tenha filhos? Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**, p. 5-6.

⁶³⁸ *Ibidem*.

⁶³⁹ COSTA JÚNIOR, Ivo Basílio da – **The vanguard of Argentina and Uruguay in positivating reproductive rights in South America. In vitro fertilization in focus**, [em linha].

À partida, importa esclarecer que a discussão sobre o direito dos filhos havidos por meio de PMA conhecer a identidade de seus ascendentes não é um mero debate sobre um emaranhado de genes, tampouco uma simples curiosidade e nem mesmo um debate sobre acesso à informação. Trata-se de uma luta para garantir a esses filhos, conhecer mais de si mesmos, dando-lhes mais elementos que lhes permitam, da forma mais ampla possível, realizar sua subjetivação e autodeterminação.

O conteúdo desse direito compreende duas facetas: a primeira, que diz respeito às circunstâncias do nascimento e a segunda, relacionada à identidade dos ascendentes genéticos. Argumenta Raposo que o filho desconhecendo as condições de seu nascimento, permaneceria na ignorância quanto à sua ascendência, ainda que acessível por disposição legal.⁶⁴⁰

Conforme já se antecipou no item anterior, há uma diferença bem importante entre a base fática que sustenta a discussão sobre o direito ao conhecimento das origens quando se trata do filho adotado e quando se refere ao filho nascido de reprodução heteróloga.

O filho adotado, se não foi abandonado anonimamente, possuiu uma família de origem, manteve um vínculo de parentalidade anterior, que acabou desfeito, dando lugar a uma nova parentalidade. De outra banda, o nascido por meio de reprodução assistida, só possuiu uma única família, a afetiva que construiu o projeto parental, pois, antes da utilização da técnica reprodutiva, ele era apenas um material genético (afora a hipótese de embrião doado) à espera de uma família que lhe transformasse em vida humana.

Considerando-se essa peculiaridade, imperioso refletir se o direito de conhecer a identidade dos ascendentes genéticos, deriva do direito à historicidade pessoal, de vez que Canotilho e Moreira, definem tal direito como o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, idôneo a fundamentar investigação de paternidade ou maternidade⁶⁴¹, ações essas cujo objetivo é o estabelecimento da filiação, relacionado, outrossim, com o direito a constituir família, o que não ocorre em relação aos dadores e os filhos nascidos em razão da dádiva, cujo provimento judicial é apenas declaratório.⁶⁴²

Aliás, os prestigiados autores questionam mesmo se esse direito à historicidade pessoal não teria por substituto o direito à identidade genética, nos casos dos filhos nascidos por PMA. O argumento faz sentido se levado em conta que a historicidade pessoal garante o

⁶⁴⁰ RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 809.

⁶⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol I.**, p. 462.

⁶⁴² DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**, p. 358.

“direito à localização familiar, de tal modo que cada indivíduo possa identificar seus parentes, a sua origem geográfica e social”⁶⁴³ e, na hipótese desses filhos, sua história familiar se inicia com o nascimento na família que concebeu o projeto de parentalidade⁶⁴⁴, a única que possuiu.

Significa dizer que o filho nascido de PMA não possui parentes a identificar que não sejam os que decorrem dos laços construídos com a família beneficiária e sua origem geográfica e social, portanto, é coincidente com as dos pais titulares do projeto parental. Dessa reflexão, afigura-se que, considerada a historicidade pessoal, no sentido estrito em que a doutrina a concebe, não parece haver uma exata correspondência.

É possível tenha sido esse o entendimento esposado por Raposo ao afirmar que o direito ao conhecimento das raízes genéticas tanto pode ser uma dimensão mais alargada da identidade pessoal como da identidade genética, e nesse caso, notadamente, quando esse conhecimento expresse apenas as raízes genéticas, sem que façam parte “da nossa história pessoal/social”^{645,646}.

Traduz bem a diferença entre as duas hipóteses o acórdão oriundo da Terceira Turma do STJ, de relatoria do Ministro Sanseverino que ora se transcreve parcialmente:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante." (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar (...) 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental do melhor interesse da criança.⁶⁴⁷

À vista dessas considerações, afigura-se mais preciso cogitar do direito à identidade pessoal desses filhos, na perspectiva de suas raízes genômicas, conforme propõe Barbas⁶⁴⁸ que não só permitiria ao filho conhecer a identidade de seus ascendentes genéticos,

⁶⁴³ OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento da filiação**, p. 33.

⁶⁴⁴ Do ponto de vista psicanalítico, pertinente mencionar que “Para a psicanálise a criança é desejada bem antes de seu nascimento, estando inserida na preparação por parte dos pais que falam dela, que a planejam, que a inscrevem no seu desejo e dão sentido a esse filho (SZEJER e STEWART, 1997). A história da criança remonta à história dos pais individualmente e em conjunto, estando essa origem marcada no inconsciente do filho. Diante disso, podemos supor que a criança nasce inscrita numa linhagem, determinada pelo desejo de outros (JERUSALINSKY, 1988). AVELAR, Cássia Cançado – **Gestação substitutiva: subjetivação e filiação**, [em linha].

⁶⁴⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 804.

⁶⁴⁶ Em outra passagem, na mesma obra, Raposo sustenta a necessidade de se efetuar a distinção entre *direito ao conhecimento da ascendência genética* (ênfatizando categoricamente que é desse que a obra trata), do direito ao estabelecimento da filiação e do direito ao conhecimento de dados da filiação, sem a revelação da identidade do ascendente. *Idem* – **Op. Cit.**, p. 804-805.

⁶⁴⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 1.608.005, de 14 de maio de 2019**, [em linha].

⁶⁴⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Investigação da filiação**. In ASCENSÃO, Joé de Oliveira – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.**, p. 38-40.

como também ter acesso a todas as informações sobre o processo individual constantes do CNPMA^{649,650}.

De qualquer sorte, realizando-se um breve cotejo de três recentes normas jurídicas de Países europeus que baniram o anonimato do doador de gametas, observa-se que todas elas apenas mencionam o direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético. Aliás, esse o mote que determinou a escolha do título dessa Dissertação.

Começando pela lei portuguesa, a atual redação do art. 15.º, n.º 2, dada pela Lei n.º 48/2019⁶⁵¹, atribui aos filhos maiores de 18 anos o direito de “obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informação sobre a identificação civil do dador.”, diferentemente do conhecimento das origens que é assegurado ao filho adotivo (art. 1990.º-A ao CC) que se reporta ao direito ao conhecimento das origens, em sentido amplo.

A lei alemã, por seu turno, intitulada Lei sobre o Direito ao Conhecimento da Ascendência em Caso de Utilização de Sêmen de Dador, estatui no §1, alínea 2, que o registro de dadores tem por finalidade garantir às pessoas geradas por reprodução heteróloga o direito ao conhecimento da ascendência.⁶⁵²

A atual lei de Bioética francesa⁶⁵³, de igual forma, atribui a qualquer pessoa gerada por meio de material genético doado por terceiros, atingida a maioridade, o direito de acesso aos dados de identidade e não identificativos deles, considerados esses: sua idade; seu estado geral ao tempo da doação; características físicas; País de nascimento; motivos da doação.

4.2.2.1.1. O Segredo e o Anonimato dos doadores de gametas ou embriões: dois problemas, duas soluções

A prática da reprodução assistida heteróloga, ainda hoje, em diversos lugares do mundo, envolve duas questões que merecem ser enfrentadas, sob pena de prejudicar o debate em torno do direito do filho de conhecer sua ascendência genética.

⁶⁴⁹ Prevê a Directiva 2006/86/CEE, da União Europeia, para fins de rastreabilidade, a manutenção dos dados mínimos de dadores e receptores, pelo prazo de 30 anos (art. 9.º), discriminados no Anexo 6, estabelecendo a cargo do serviço de manipulação de tecidos, os registros referentes aos dadores, incluindo a identificação do dador e o tipo de dádiva; número único de identificação das dádivas, de acordo com o sistema de codificação europeu; data da colheita; local da colheita; tipo da dádiva e de parte dos organismos responsáveis pela aplicação em seres humanos, as informações afetas ao receptor. [Em linha].

⁶⁵⁰ O CNPMA centraliza todas as informações relevantes relativas à utilização das técnicas de PMA, especialmente registro de dadores, beneficiários e crianças nascidas, conforme já se mencionou no item 3.6. [em linha].

⁶⁵¹ LEI n.º 48, de 08 de julho de 2019, [em linha].

⁶⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018**, [em linha].

⁶⁵³ LOI n.º 2021-1017, du 2 août 2021, [em linha].

A primeira delas diz respeito ao segredo quanto à utilização da PMA, que torna todos os envolvidos no processo cúmplices de algo que não deve ser revelado. A segunda, diz respeito ao anonimato, que resulta de uma política traçada por uma norma jurídica ou deontológica que oculta a identidade dos participantes da técnica de reprodução. Em síntese, o segredo promove a ocultação dos doadores no processo reprodutivo, enquanto o anonimato protege a identidade dos doadores⁶⁵⁴.

A) O Segredo

Ao contrário da adoção que é um procedimento que se reveste de visibilidade, a PMA é decidida entre quatro paredes, na calada de um consultório médico ou centro de reprodução humana, o que favorece a manutenção do segredo. Os cuidados com a preservação do sigilo iniciam-se com a própria escolha de doadores com fenótipo assemelhado aos dos pais afetivos, o que satisfaz o imperativo de que não sendo possível a reprodução biológica, crie-se uma realidade similar, como bem observa Raposo.⁶⁵⁵

O estigma da infertilidade, muito mais acentuado quando proveniente do homem⁶⁵⁶, tem sido apontado como importante causa para resguardar o segredo. Esse problema, é menos frequente entre casais de mesmo sexo, pois dada a infertilidade social⁶⁵⁷, que os tornam incapazes de procriar sem a ajuda de terceiros, ao natural, confrontam-se com a necessidade de contar à criança acerca de sua concepção.

Embora manter o sigilo possa ser uma opção da família, essa alternativa pode representar uma ameaça permanente a lhe rondar porque muito provavelmente o segredo foi confidenciado a alguém, existindo sempre a possibilidade de que escape à estrutura de proteção construída e venha a ser revelado.

Como alerta Clarke: “Quem garante, por outro lado, que um próximo que esteja ao corrente não acabe por trair esse segredo, quer por maldade, quer por inépcia?”⁶⁵⁸. E em situação como essa, a muralha de proteção romperi-se-ia e a criança poderia ser dolorosamente arremessada contra a verdade, a verdade de sua existência, deliberadamente ocultada pelos pais.

E menos não fosse, psicanalistas insurgem-se contra a manutenção desse segredo, considerando que, eventualmente, a criança, ainda que em nível inconsciente, acabará por perceber a tensão, a emoção que forçosamente se expressa nos pais pela força do não-dito.

⁶⁵⁴ MACHIN, Rosana – Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas, p. 85-86.

⁶⁵⁵ RAPOSO, Vera Lúcia – **Dá-me licença que tenha filhos? Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida**, p. 4.

⁶⁵⁶ MACHIN, Rosana – *Op. Cit.*, p. 87.

⁶⁵⁷ DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna – **Aspectos jurídicos da reprodução assistida**, p. 36.

⁶⁵⁸ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 88.

E, então, dar-se-á conta da existência de um segredo que, a um só tempo, é destinatária e objeto⁶⁵⁹.

Há estudos que apontam que a verdade ocultada compromete a qualidade da comunicação familiar e as próprias relações de afeto construídas. O esforço para manter o segredo conspira contra a espontaneidade no comportamento com a criança, ocasionando silêncios, vazios e constrangimentos, além de levar o filho a compor fantasias incompatíveis com sua realidade de vida.⁶⁶⁰

Pesquisas dão conta da importância da revelação do segredo ao filho⁶⁶¹ porque ela será a base a partir das quais ele construirá suas próprias fantasias de origem e de existência, que representam seus enigmas existenciais e que serão atualizadas no seu desejo de ter um filho no futuro⁶⁶². Lado outro, a literatura refere que o segredo desvendado somente na idade adulta, gera sentimentos negativos como confusão e agressividade nesses filhos⁶⁶³.

À toda evidência, a questão do sigilo quanto às circunstâncias da concepção é um problema *intrafamiliar* e desse modo é tratado nos Países que admitem a revelação da identidade dos ascendentes genéticos, pois os pais têm total liberdade de decidir se desejam comunicar aos filhos as circunstâncias de seu nascimento⁶⁶⁴.

É uma questão, portanto, que deve ser resolvida sob o olhar da parentalidade responsável, tendo em conta a necessária eliminação da mentira, contada sob a forma de omissão da verdade, priorizando-se os interesses da criança⁶⁶⁵.

Do ponto de vista ético, insuscetível de retoque a observação de Barbas, para quem “o sigilo condiciona o estabelecimento da filiação implicando a despersonalização da reprodução”.⁶⁶⁶

⁶⁵⁹ CLARKE, Robert – **Os filhos da Ciência**, p. 88-89.

⁶⁶⁰ BIAZUS, Camila Baldicera; BOTTON, Andressa; FACCINI, Andrea e CEZNE, Graziela Oliveira Miolo – As implicações da reprodução assistida na constituição subjetiva infantil, p. 206.

⁶⁶¹ Ao analisar o segredo sobre as origens em casos de adoção, Trindade pondera que ‘o conhecimento e a revelação da situação de adoção é um processo traumático; pois introduz ou relembra uma realidade que necessita ser enfrentada, enfatizando o autor que estudos evidenciam a importância da revelação para o aprimoramento do sentimento de confiança e valorização na relação paterno-filial. TRINDADE, Jorge – **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**, p. 488.

⁶⁶² Acrescenta, ainda, Ribeiro, que essas inscrições psíquicas são extremamente importantes para o senso de identidade de todos os sujeitos. RIBEIRO *apud* BIAZUS, Camilla Baldicera; BOTTON, Andressa; FACCINI, Andrea; CEZNE, Graziela Oliveira Miolo – *Op. Cit.*, p. 206.

⁶⁶³ MACHIN, Rosana – Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas, p. 88.

⁶⁶⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 795.

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶⁶ BARBAS- Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 521.

Igualmente merece destaque o posicionamento de Felipe Almeida expresso nesses termos: “Não posso querer um filho para dilatar ou consolidar minha propriedade. Julgo não existir o direito a ter um filho. (...) Devo desejar o filho por ele mesmo, para que ele viva e não para que seja min há propriedade. Desejar o filho no desconhecimento de uma genealogia a que deve poder aceder coarcta, radicalmente, o seu direito a conhecer suas origens genéticas.”⁶⁶⁷.

Vale lembrar, nesse instante que, aquele a quem se refere como *meu* ou *nosso* filho é um sujeito autônomo, com direito à sua própria história, à constituição de sua própria subjetividade e não um mero objeto⁶⁶⁸ das ambições de seus pais. Importa, sobremaneira, mais uma vez, dar voz ao pensamento kantiano para melhor expressar a ideia que aqui se deseja transmitir: “Ter algo como o seu significa possuí-lo juridicamente (...) O seu não significa aqui, de certo, o seu como propriedade da pessoa de outrem (pois um homem nem de si mesmo pode ser proprietário, e muito menos de outra pessoa), mas só o seu como usufruto (*ius utendi, fruendi*), que consiste em fazer uso imediatamente desta pessoa, como meio para o meu fim, sem detrimento de sua personalidade.”⁶⁶⁹.

B) O anonimato do doador do gameta ou embriões

O anonimato do doador de gametas é um dos grandes dilemas éticos que enfrenta a reprodução assistida heteróloga.⁶⁷⁰ A ocultação da identidade do doador do material genético foi a regra nos primeiros tempos de utilização das técnicas de reprodução heteróloga e o tema se tornou um debate praticamente contemporâneo ao início de sua prática.⁶⁷¹

Duas grandes preocupações estavam por trás da defesa enfática do anonimato nos tempos mais remotos. A primeira, em favor dos beneficiários, consistente na preocupação com a paz e segurança da família afetiva e o desejo de resguardá-la da indevida intromissão do doador a reivindicar direitos em relação à criança; a segunda, em prol do dador, visando a sua proteção quanto à eventual pretensão de imputação de responsabilidades, relacionadas a

⁶⁶⁷ ALMEIDA, Felipe – **Vulnerabilidades no começo da vida humana**, p. 18-19.

⁶⁶⁸ Raposo alerta que a PMA é mais do que uma relação bilateral entre beneficiários e médicos, mas, ao reverso, é triangular, pois inclui a criança que como protagonista desse processo, ao invés de mero instrumento do desejo de seus pais. RAPOSO, Vera Lúcia – *Op. Cit.*, p. 669.

⁶⁶⁹ KANT, Immanuel – **Metafísica dos costumes. Parte I**, p. 182.

⁶⁷⁰ DUARTE, Tiago – **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**, p. 32.

⁶⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira – A lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 31.

relações de parentalidade. Afora isso, alegava-se que o fim do anonimato resultaria em um decréscimo na oferta de dadores.^{672,673,674}

A defesa do anonimato era tão expressiva que em 1982, no âmbito da União Europeia, o Projeto de Recomendação sobre a Inseminação de Seres Humanos, oriundo do Comité Diretor para os Direitos do Homem do Conselho da Europa que pretendia a unificação da legislação nos Estados-Membros, preconizava a tese do sigilo do doador⁶⁷⁵.

Ao tempo em que o anonimato era majoritariamente a regra, em alguns casos, dificultava-se a investigação da identidade do dador, recorrendo-se ao subterfúgio dos coquetéis de sêmen, realizando inseminação com utilização de sêmen de diversos doadores misturados⁶⁷⁶.

Esse paradigma começou a se inverter na União Europeia, a partir da consolidação da ideia de que o dador não estabelece vínculo parental com o novo ser, eliminando a ameaça à estabilidade das famílias, constituídas por meio da dádiva de material gametas; por consequência, do lado do doador, este ficaria a salvo de responsabilização sobre a criança.⁶⁷⁷

Exemplifica esse posicionamento a doutrina de Leite, que, orientado por discussões que remontam à data imediatamente posterior ao nascimento de Louise Brown, assim se posicionou: “Se o interesse da criança, num primeiro momento, e do casal, secundariamente, devem ser resguardados, todo o terceiro que doa gametas para um tratamento de esterilidade não deve ser conhecido do casal, antes, durante, nem após o tratamento e, reciprocamente, esta terceira pessoa (seja homem, seja mulher) não deve conhecer a identidade do casal ao qual auxiliou.”⁶⁷⁸.

Restaria a ser examinado, evidentemente, o argumento de que a abolição do anonimato inviabilizaria a própria utilização da PMA heteróloga, que não encontra lastro na realidade, posto que experiências de alguns Países têm demonstrado que o impacto na oferta de gametas faz-se sentir apenas no momento inicial.

⁶⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira – A lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**, p. 31.

⁶⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018**, [em linha].

⁶⁷⁴ Interesses de propósito muito menos nobre, subsistem ligados aos profissionais de medicina, para os quais, preservar o sigilo do doador visa a assegurar a manutenção de seus serviços. Uma possível abolição do anonimato poderia resultar na fuga de potenciais pacientes para outros Países, configurando um incentivo ao turismo reprodutivo, com a busca de utilização de técnicas onde o anonimato do doador estivesse garantido. A redução de lucros e aumento dos custos para equilibrar a perda, reduziria a quantidade de pessoas em condições de custear os tratamentos. MACHIN, Rosana – Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas, p. 91.

⁶⁷⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**, p. 167-168.

⁶⁷⁶ *Idem* – **Op. Cit.**, p. 167.

⁶⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Op. Cit.*, p. 31.

⁶⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira – **Procriações artificiais e o direito**, p. 145.

A esse respeito, a experiência sueca mostrou ao mundo que se houve uma perda de quantidade, o mesmo não se diga da qualidade. Com efeito, o perfil dos doadores masculinos, era, em sua maioria, universitários que vendia seu material genético para custear seus estudos, e foi substituído por doadores na faixa dos 34 a 40 anos, casados e com filhos, movidos pelo mero propósito altruísta de ajudar casais inférteis a realizar o sonho parental⁶⁷⁹. Ou seja, os novos doadores são dotados de perfil mais ético que os anteriores⁶⁸⁰.

A *Human Fertilisation and Embriology Authority* britânica revela que a quantidade de ciclos e tratamentos realizados com utilização de material genético de terceiros sofreu uma elevação nos últimos anos, o que pode estar relacionado também com a segurança de que não serão chamados a assumir responsabilidade sobre a criança que virá ao mundo⁶⁸¹.

Inobstante décadas de discussão, o tema permanece sem tratamento uniforme na comunidade internacional. A Suécia foi o primeiro País a banir o sigilo sobre a identidade do doador, no longínquo ano de 1985. O cenário europeu atual permite identificar uma tendência à eliminação do anonimato dos doares⁶⁸². Em sequência, acompanhando a Suécia aboliram o anonimato a Suíça, no mesmo ano; Áustria, em 1992; Holanda, em 2004; Noruega, em 2005; Reino Unido⁶⁸³ (atualmente fora da comunidade europeia), também em 2005; Alemanha, em 2006⁶⁸⁴; Portugal em 2018 e surpreendentemente a França em 2021⁶⁸⁵, embora permaneça admitindo o parto anônimo.

No plano europeu, Islândia e Bélgica, admitem o uso das técnicas de PMA heteróloga com e sem anonimato⁶⁸⁶. A Dinamarca também autoriza a dúplice solução.⁶⁸⁷

Fora do continente europeu, alguns estados da Austrália, em 1995 e no Canadá, em 2011, em British Columbia, baniram o anonimato. Os Estados Unidos permitem práticas com e sem sigilo.⁶⁸⁸

⁶⁷⁹ MACHIN, Rosana – Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas, p. 89.

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

⁶⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018, [em linha].

⁶⁸² *Idem* – *Op. Cit.*, [em linha].

⁶⁸³ No Reino Unido, a lei sofreu algumas alterações e uma delas merece especial destaque que é o direito assegurado às pessoas nascidas por reprodução heteróloga, de conhecer a partir dos 16 anos, os meios-irmãos concebidos de igual forma. RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 794.

⁶⁸⁴ MACHIN, Rosana – Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas, p. 84.

⁶⁸⁵ ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de Albuquerque – A reprodução assistida heteróloga e o direito ao conhecimento das origens genéticas: um diálogo necessário entre o Direito e a Psicologia, p. 189.

⁶⁸⁶ MACHIN, Rosana – *Op. Cit.*, p. 84.

⁶⁸⁷ STANZIONE, Maria Gabriella – Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. In **Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”**, p. 10.

⁶⁸⁸ MACHIN, Rosana – *Op. Cit.*, p. 84.

Na América do Sul, Uruguai e Argentina têm um regime restrito que permite acesso a dados médicos, mas a revelação da identidade do dador somente por autorização judicial, à vista de motivos relevantes⁶⁸⁹.

Resumidamente, até cinco anos atrás, podia-se dizer que, no contexto europeu, havia duas posições, a integrada pelos Países de influência anglo-saxônicos, favoráveis à eliminação do anonimato e a representada por Países de influência francesa, defensores da manutenção do anonimato, notadamente França, Espanha, Itália e Portugal.⁶⁹⁰

Felizmente, nos últimos quatro anos essa configuração foi alterada. Em 2018, em Portugal, o TC declarou a inconstitucionalidade da restrição da identidade dos ascendentes aos filhos e também da gestante de substituição e a França, promoveu reforma à Lei de Bioética, em 2021, assegurando aos filhos havidos por reprodução heteróloga o acesso à identidade de seus ascendentes, alinhando-se aos demais Países que sepultaram o anonimato do doador de gametas e embriões, em que pese a França ainda conviva com a sombria realidade do parto anônimo.

4.2.2.1.2. A prevalência do direito ao conhecimento das raízes genéticas sobre o anonimato do doador de gametas: uma imposição ditada pelos princípios e valores consagrados na ordem constitucional

A regulação da PMA tem na proteção da dignidade da pessoa humana, a maior de suas preocupações, especialmente no propósito de proteger o novo ser de objetificação⁶⁹¹. As normas que a regulamentam voltam-se primordialmente ao resguardo do superior interesse da criança, em homenagem à doutrina da proteção integral, o que desde já torna injustificável sejam priorizados interesses de quaisquer participantes do processo, em detrimento dos filhos gerados.

O direito ao conhecimento do ascendente genético da pessoa nascida por meio de reprodução assistida encontra correlação com o direito dos filhos adotivos a conhecer seus pais biológicos⁶⁹².

⁶⁸⁹ CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; VIEIRA, Pollyana Souza – Estatuto Internacional de Reprodução Assistida: uma intervenção necessária?, p. 161.

⁶⁹⁰ BARBAS – **Direito ao patrimônio genético**, p. 167.

⁶⁹¹ RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 350.

⁶⁹² *Idem* – **Op. Cit.**, p. 809.

Destituído de sentido, assim, teria sido todo o esforço legislativo empregado na realização do melhor interesse do filho adotivo que culmina em lhe garantir o acesso ao conhecimento de suas origens, não fosse extensível ao filho oriundo das técnicas de PMA, privilegiando-se, nesse caso, os interesses dos beneficiários e doadores, rebaixando a último plano a doutrina da proteção integral⁶⁹³.

De igual forma, inexistente razão plausível para a negação a esses filhos do direito atribuído a todas as demais pessoas ao conhecimento das origens, as quais têm a seu dispor instrumentos processuais próprios, previstos no Direito de Família, como já se mencionou anteriormente, sem que se incorra em ofensa ao princípio da igualdade^{694,695,696}, previsto no art. 13.º da CRP e art. 5.º, *caput*, da Constituição Brasileira.

A desequiparação condizente com o princípio da igualdade, supõe a existência de justificativas racionais ou de um fundamento lógico que lhe dê sentido, mas sempre em harmonia com valores abrigados no texto constitucional e normas éticas acolhidas pelo ordenamento jurídico, o que não se verifica na situação que se examina, ainda mais quando ambas as Cartas Magnas consagram a não discriminação entre os filhos em razão de sua origem (art. 36.º, n.º 4, da CRP e art. 227, § 6.º da CF).

Considere-se, também, que gritantes diferenças físicas entre pais e filhos podem suscitar dúvida de identidade, gerando graves problemas psíquicos e sociais para a criança, para a família, interferindo negativamente na interação social de todos⁶⁹⁷. A essa situação refere-se Barbas como crise de identidade por obstrução do conhecimento das origens genômicas⁶⁹⁸.

No âmbito dessa discussão, permanece atual a indagação de Brabas: É certo que o anonimato protege o dador e também o receptor. Mas será que protege o principal visado: a criança? “O anonimato conduz, necessariamente, ao nascimento de uma pessoa sem raízes como um qualquer produto industrial”⁶⁹⁹. Em outras palavras, o anonimato desconhece o *status* de sujeito de direito do filho, criando obstáculos à sua subjetivação, reduzindo-o a mero objeto de realização do desejo procriativo de seus pais.

⁶⁹³ RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 810

⁶⁹⁴ *Ibidem*.

⁶⁹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 522.

⁶⁹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de – A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 76/86.

⁶⁹⁷ MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 127.

⁶⁹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Op. Cit.**, p. 520.

⁶⁹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**, p. 163.

O direito à identidade genética, para além de ser uma exigência para constituição integral da identidade pessoal do filho, interconecta-se intensamente com o próprio direito à saúde. Não é novidade que a Medicina contemporânea evoluiu de uma prática curativa, para “uma práxis preventiva”⁷⁰⁰, em que os rastreios universais são aliados de inestimável valor na prevenção de moléstias. Apenas para exemplificar, cita-se o caso do câncer de mama em que o risco relativo de uma filha com mãe com esse diagnóstico é significativamente mais elevado; o risco familiar no desenvolvimento de doenças neuropsiquiátricas também é um dado relevante.

A Medicina preditiva, dos dias atuais, permite graças à utilização de testes genéticos, antever patologias, antes mesmo de suas efetivas manifestações, trazendo numerosos benefícios, como por exemplo, prever os riscos da doença se desenvolver, como a de transmitir a sua descendência⁷⁰¹, donde evidencia-se a importância do conhecimento da identidade genética.

Ainda, no que tange aos cuidados de saúde, vale lembrar, o próprio uso da terapia gênica, para obtenção de HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave, em sede de PMA, por meio da técnica de DGPI, que torna possível gerar um bebê doador de células troncos para salvar o irmão, de que já se tratou no item 3.6.2.4.

E no que se refere à doação de órgãos, conhecer a ascendência biológica pode ser de fundamental importância quando necessária à realização de transplantes, dada a maior probabilidade de compatibilidade havendo consanguinidade e, especialmente, entre aqueles de vínculo sanguíneo mais próximo.

De outra banda, o conhecimento da identidade genética é de capital importância na prevenção de relações consanguíneas que, para além de transgredirem o interdito do incesto, pode causar sérios problemas de saúde pública.

E mais não fosse, o conhecimento das raízes genéticas é um direito correlato à própria responsabilidade reprodutiva que se contrapõe aos direitos reprodutivos e que impõe aos beneficiários deveres em relação a sua prole. De outra banda, de parte dos doadores, se é verdadeiro que sobre eles não recaem responsabilidades advindas do Direito de Família, o mesmo não se diga quanto à responsabilidade pela existência das pessoas nascidas de suas doações, como enfatiza Raposo⁷⁰².

⁷⁰⁰ MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 126.

⁷⁰¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**, p. 88.

⁷⁰² RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 811.

Defensor ferrenho da abolição do anonimato, Campos já defendia que o conhecimento dos ascendentes faz parte da história dos filhos e vaticinava que haveria de sobrevir uma intervenção legislativa que viesse a consagrar a regra do acesso à identidade dos pais que considerava em ascensão^{703,704}.

A todas essas razões soma-se o ponderável argumento ético-jurídico, deduzido com brilhantismo por Varela, que promove a defesa do direito ao conhecimento da ascendência, “principalmente por amor à própria verdade, para cada um saber quem foram seus reais genitores, que sangue lhes corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenômeno capital do seu nascimento.”⁷⁰⁵.

4.3. O processo de positivação do direito dos filhos havidos por PMA a conhecer a identidade de seu ascendente genético no Direito Português

O reconhecimento do direito dos filhos nascidos por meio de PMA a conhecerem seus ascendentes genéticos, não foi uma luta fácil. Tanto do ponto de vista legislativo como jurisprudencial, havia grande resistência.

Em algumas ocasiões, o Conselho Nacional de Ética para Ciências da Vida (CNECV), examinando propostas de projeto de lei a regulamentar a PMA, considerou que, por razões éticas, a eliminação do anonimato do doador se impunha. Cita-se, exemplificativamente, o Parecer n.º 23/CNEV/98, exarado em análise a projeto de lei acerca de PMA em que seu subscritor, nada menos do que o renomado Joaquim Pinto Machado, no item e, alínea c, considera que admitida a doação de sêmen, deveria ser assegurada sem quaisquer restrições “o direito das pessoas geradas em consequência de dádiva de sêmen terem acesso à identificação do dador”⁷⁰⁶.

Em exame de outra proposta legislativa, o CNECV, emitiu nova manifestação (Parecer n.º 44/ CNECV/2004)⁷⁰⁷ em que opinou no sentido de que o filho pudesse aceder à

⁷⁰³ Segundo Campos a defesa em favor da eliminação do anonimato é de ser compreendida no contexto do “princípio ético do primado do ser humano, “ser em si”, “com os outros” e “para com os outros”, nunca objetivado ou subordinado aos outros nos seus valores essenciais.” CAMPOS, Diogo Leite de – A procriação heteróloga assitida e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II**, p. 73.

⁷⁰⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, apud SENNA, Carina Cátia Bastos de – **Direito à identidade pessoal e genética da criança versus o anonimato do doador na reprodução artificial**, p. 117.

⁷⁰⁵ VARELA, João Antunes – **A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro**, p. 35.

⁷⁰⁶ PARECER 23/CNECV/98, [em linha].

⁷⁰⁷ PARECER n.º 44/ CNECV/2004, [em linha].

identificação do dador, a seu pedido, assim como pela preservação de toda a informação genética importante à saúde do descendente.

Inobstante os abalizados pronunciamentos do CNECV, a versão original da Lei n.º 32/2006, no seu artigo 15.º, n.ºs 1, a 4, adotou um sistema restrito que apenas admitia aos filhos, o acesso a dados genéticos e os relativos a impedimentos matrimoniais, negando informação acerca da identidade do ascendente, exceto por ordem judicial, deferida à vista de ponderáveis argumentos, ou na hipótese de permissão expressa do doador. A identidade da gestante de substituição, por seu turno, era mantida inteiramente sob sigilo.

Ainda assim, o Tribunal Constitucional, chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade da regra do artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, à época em vigor, quanto à eventual prejuízo à identidade pessoal do filho, decidiu que: “O reconhecimento de um direito das origens genéticas, não impede, pois, que o legislador, possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam refletir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal.”⁷⁰⁸.

Em juízo de ponderação, o acórdão entendeu que o regime mais restrito, adotado pela lei portuguesa, harmonizava-se com a promoção da paz familiar e protegia os laços afetivos estabelecidos entre os membros da família, além de preservar a intimidade da vida familiar de uma possível intromissão do doador.

Tornava-se evidente que a Corte atribuíra peso maior aos interesses da família, em desfavor aos dos filhos, desconsiderando, inclusive a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 24, n.º 3) a qual estabelece que “todas as crianças têm o direito de manter relações pessoais e contato direto com seus progenitores”⁷⁰⁹, a menos que contrário a seus superiores interesses, o que desde já promove uma equiparação entre os filhos adotados e os nascidos de PMA, no tocante ao conhecimento de sua ascendência⁷¹⁰.

Por fim, adotou o fundamento de que eventual necessidade de identificação do dador, para fins de construção de sua identidade pessoal e desenvolvimento da personalidade, poderiam configurar razões ponderosas a serem avaliadas em cada caso concreto, a ensejar a quebra do sigilo da identidade do doador.

⁷⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão n.º 101, de 03 de março de 2009, [em linha].

⁷⁰⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA – **Carta de Direito Fundamentais da União Europeia**, [em linha].

⁷¹⁰ REIS, Rafael Vale e – Direito ao Conhecimento das Origens. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III.**, p. 197.

Foi necessária uma longa espera de nove anos para que, enfim, em maio de 2018, o Tribunal Constitucional, reexaminando o tema, desce o primeiro passo no sentido de corrigir essa enorme injustiça com os filhos concebidos por PMA heteróloga.

4.3.1. O paradigmático acórdão 225/2018 do Tribunal Constitucional Português: um modelo de ponderação de conflitos e interesses

Naquela oportunidade, um grupo de parlamentares requereu a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n.º 32/2006, dentre eles dos n.º 1 e 4 do art. 15.º, epígrafado “Confidencialidade”, sob o fundamento de que violavam o direito à identidade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade e proporcionalidade.

Em extensa decisão, analisada a demanda à luz do Direito Internacional e do contexto normativo da União Europeia, o TC demonstrou que, apesar de uma base de valores jurídico-constitucionais assemelhados, há uma grande divergência no tratamento de algumas questões relativas à reprodução heteróloga, entre os Estados-membros e o anonimato do doador gametas, embriões e da gestante de substituição, é uma delas.

Ao enfrentar a tese de que o sistema de anonimato do dador e da gestante, adotado pela Lei n.º 32/2006 caracterizava ofensa à dignidade dos filhos havidos por PMA heteróloga, o TC, a despeito de reconhecer que os vínculos genéticos, epigenéticos e gestacionais são essenciais para a autocompreensão e construção da identidade de cada um, entendeu que não são definidores do ser da pessoa, porque a identidade pessoal transcende a esse aspecto, refutando a ofensa à dignidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, considerou que o sigilo imposto não é o suficiente para provocar a despersonalização ou instrumentalização degradante da pessoa nascida de PMA⁷¹¹ ou a total ablação do direito à identidade pessoal que, aí sim, importaria violação à dignidade humana. Argumentou, ademais, que apesar de o direito à identidade pessoal ser expressão concreta da dignidade humana, possui a abrangência suficiente para incluir a tutela ao direito à identidade genética⁷¹².

O Tribunal reconheceu que a ascendência ocupa importante papel no itinerário biográfico da pessoa e que o conhecimento daqueles que contribuíram geneticamente para a formação de cada um, proporciona o estabelecimento de referências de ordem genética,

⁷¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018, [em linha].

⁷¹² *Ibidem*.

somática, afetiva e fisiológica, que possibilitam a descoberta do eu individual, fator de conformação da identidade, que constitui o núcleo da personalidade singular de cada pessoa.⁷¹³

O julgado identificou uma íntima conexão entre o direito à identidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade, tanto no aspecto da formação livre da personalidade, própria do sujeito autônomo, como na dimensão da proteção da integridade, na forma como a personalidade se exterioriza. Ressaltou que, não obstante a estreita relação entre o direito à identidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade, o primeiro não é consumido pelo segundo⁷¹⁴.

Admitiu a possibilidade de colisão entre os direitos ao conhecimento da ascendência genética com o direito à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada dos pais jurídicos e desses mesmos direitos titulados pelos doadores, todos direitos previstos no art. 26.º, n.º 1, do texto constitucional português, da mesma forma com o direito à paz no ambiente familiar (art. 67, n.º 1, da CRP). Destacou também a possibilidade de colisão com o interesse de constituir família, de parte de casais inférteis pela redução na quantidade de doares.

Em um exemplar processo de ponderação dos interesses envolvidos, o Tribunal, realizou o balanceamento da seguinte forma:

- a) Em relação à colisão entre os direitos do filho e a salvaguarda da paz familiar, a que visa a opção legislativa do anonimato, enfatizou que o acórdão 101/ 2009 atribuiu peso exagerado a esse direito, ao sacrificar o direito daquelas pessoas de conhecerem sua ascendência, com vistas a garanti-la.

No tocante ao risco de eventual interferência do doador na paz das famílias, argumentou que o sigilo absoluto imposto pela lei atinge também os doadores (art. 15, n.º 1) que, nem mesmo têm acesso aos dados referentes à PMA (art. 16.º), desconhecendo, pois, a identidade dos beneficiários, donde improvável a suposta importunação. E de mais a mais, considerou que a questão discutida era o filho não poder ter acesso à identidade genética daquele que lhe forneceu o material genético que compõe sua constituição genômica.

- b) Analisando a possibilidade de a estabilidade das relações afetivas na família constituída sofrer prejuízo, argumentou, em primeiro lugar, que a possibilidade de desvendar a identidade do doador que contribuiu para a formação da identidade genética da pessoa nascida de PMA, somente ocorreria, após a maioridade desta, quando, então, os laços familiares estariam consolidados o bastante para que isso não viesse a abalá-los. E,

⁷¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018, [em linha].

⁷¹⁴ *Ibidem*.

depois, ainda que eventual abalo nesses vínculos viesse a ocorrer, não caberia ao Estado interferir em prejuízo do direito do filho para privilegiar interesses dos pais que, a essa altura, depois de tantos anos de convivência familiar, não conseguiram construir laços consistentes o suficiente para resistir à revelação da verdade sobre a identidade do filho.

- c) Enfrentando os direitos do filho em colisão com os do dador, reconheceu a importância de que se revestem estes últimos pelo altruísmo de colaborarem com casais inférteis, mas considerou que a revelação de sua identidade não importa no estabelecimento de vínculos parentais (art. 10.º), porquanto nunca idealizaram o projeto de parentalidade e tampouco estão sujeitos à assunção de quaisquer responsabilidades para com o nascido. De conseguinte, não sobreviria ao doador qualquer prejuízo que justificasse sacrificar os direitos do filho.
- d) No exame de colisão do direito da pessoa de conhecer suas raízes genéticas sopesado com os interesses das famílias, quicá atingidas pela redução na quantidade de dádiva, reflexo do fim do anonimato, concluiu que a experiência britânica comprova que, nos primeiros tempos, há uma diminuição nas doações, a que se segue um crescimento.

O Tribunal realçou que a PMA deve “ser entendida de acordo com um verdadeiro princípio de responsabilidade de todos os envolvidos”⁷¹⁵ e que a quebra do sigilo da identidade do doador há de ser enfrentada à vista de um imperativo de transparência nas relações humanas e, com mais razão, nas familiares.

Não se furtou, ainda o TC em dirigir severas críticas ao legislador português que, após as inúmeras e profundas alterações impostas à lei, optou em manter o anonimato do doador, na contramão da tendência europeia de assegurar um amplo conhecimento das origens, aí incluído, a identidade dos doadores, consectário da indispensável proteção constitucional atribuída ao direito à identidade pessoal.

No tocante à alegada ofensa ao princípio da igualdade, o Tribunal estabeleceu um paralelo com as hipóteses de adoção em que os pais também não são obrigados a revelar a origem ao filho e a natureza da filiação é omitida na certidão de nascimento, considerando que a diferença significativa manifestava-se, apenas, quando da emissão da certidão de narrativa que contém a informação da adoção.

Enfrentando a matéria sob o prisma da proporcionalidade (art. 18, n.º 2), na análise do subprincípio da necessidade, entendeu que o regime vigente atentava contra o núcleo

⁷¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018, [em linha].

essencial dos direitos à identidade pessoal e desenvolvimento da personalidade, mostrando-se desnecessária a manutenção do regime de sigilo em vigor.

Ponderou que a salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais, poderia ser realizada à luz de um regime inverso, que consagrasse a regra da possibilidade de conhecer a identidade dos doadores e da gestante de substituição, ocultando-as somente em caso de ponderosas razões, a serem verificadas em concreto.

Por fim, declarou a inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 15.º da Lei n.º 32/2006, ao efeito de eliminar o sigilo sobre a identidade dos doadores e do n.º 4, da mesma lei para excluir o sigilo sobre a identidade da gestante de substituição, por afronta aos direitos à identidade pessoal e desenvolvimento da personalidade, considerando que caracterizavam restrições desnecessárias a esses direitos fundamentais, violadoras do art. 18, n.º 2, da CRP.

4.4. O atual estágio do tema no Brasil

A reprodução assistida como um todo, no Brasil, segue regida por norma deontológica, sem perspectiva de regulamentação legislativa. O atual projeto de lei que visa a regular a reprodução assistida, conserva a tradicional política do anonimato do doador de gametas.

A doutrina brasileira ainda se divide quanto ao direito ao conhecimento da identidade das pessoas nascidas por PMA e mesmo doutrinadores que mais recentemente escreveram sobre a matéria permanecem sustentando a legitimidade do anonimato do dador de sêmen. É o caso de Sá e Naves, que, embora reconhecendo o movimento mundo afora a favor da abolição do sigilo, apenas consideram justificável a revelação da identidade do ascendente “de forma casuística e temporária” à vista de “boas razões fáticas e jurídicas”, apontando como tais, problema de saúde relacionados à genética do filho e do doador, impedimentos matrimoniais⁷¹⁶.

De outra banda, há doutrina vanguardista reconhecendo o direito ao conhecimento das raízes genômica desses filhos, alinhando-se à tendência europeia. Digna de nota, por exemplo, a posição de José Roberto Moreira Filho que assim contextualiza a discussão: “Ao legar ao filho o seu direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamento

⁷¹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira – **Bioética e Biodireito**, p. 117.

que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social, das propensões ou resistências a certas doenças etc.”⁷¹⁷.

Uma ligeira comparação entre o projeto de lei 4892/2012 e o projeto 115/2015, em tramitação no Congresso Nacional, evidencia que ambos optaram pelo anonimado do doador, com a mesma redação, somente admitindo a quebra do anonimato por motivo de saúde física ou mental e, mediante autorização judicial, conforme *caput* do ar. 19.º. A novidade é que o parágrafo único do dispositivo contempla a mesma possibilidade ao doador, em caso de risco de vida ou saúde ou motivo relevante.⁷¹⁸

Os projetos contemplam a polêmica possibilidade de revelação da identidade da pessoa nascida ao doador⁷¹⁹ não só por motivo de saúde, mas também à vista de motivo relevante, abrindo uma ampla margem de discricionariedade na interpretação do significado do termo e que, ao fim e ao cabo, torna até mais facilitado para o doador conhecer a identidade da pessoa nascida, do que dessa de conhecer suas raízes genéticas, de vez que fora os motivos de saúde, só terá reconhecido seu direito se o motivo invocado for grave, o que parece ser bem mais restritivo do que o motivo relevante.

4.4.1. A tutela do direito ao conhecimento da identidade dos ascendentes genéticos no Brasil

O direito à identidade pessoal, como já dito anteriormente, resulta reconhecido na Convenção sobre os Direitos da Criança que foi ratificada pelo Brasil e recepcionada pela Constituição, na forma prevista pelo art. 5.º, §2º, da CF. Sobretudo hoje, depois de todos os avanços alcançados pela Biotecnologia, indiscutível que cogitar de direito à identidade pessoal, é também falar de direito à identidade genética desses filhos.

De conseguinte, cabia ao legislador infraconstitucional, por força de seu dever de soberania⁷²⁰ estabelecer o regimento interno para proporcionar às pessoas nascidas por PMA heteróloga o exercício desse direito. Contudo, o Parlamento continua omissa no

⁷¹⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto *apud* FERRAZ, Ana Cláudia de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**, p. 134.

⁷¹⁸ Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial. Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

⁷¹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 806.

⁷²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pai – **Direitos de personalidade**, p. 50.

cumprimento desse dever, o que resulta em dificuldades para o filho havido por esse meio para promover a defesa desse direito de personalidade.

Ocorre que a CIDC é anterior à reforma constitucional de 2004 que introduziu a regra segundo a qual os direitos previstos em tratados, para ingressar no bloco constitucional, depende de apreciação pelo Congresso e ficam sujeitos à aprovação com o quórum especial de emenda constitucional (art. 5.º §3, da CF).

Em algumas ocasiões, ao enfrentar o tema, o STF decidiu que os acordos internacionais, aos quais o Brasil haja aderido, no período compreendido entre a vigência da CF e a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, possuem “caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido conquistada pelo efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade”, conforme voto do Relator, Min. César Peluso, prolatado no julgamento do RE 466.343-SP⁷²¹.

Todavia, o STF, embora reconhecendo o caráter material constitucional da norma, também tem entendido que a ausência de norma formal, torna inviável a utilização do mandado de injunção, o remédio constitucional heroico indicado para assegurar a aplicação e efetivação do direito constitucionalmente consagrado pela ausência de norma regulamentadora.⁷²²

Afastada a possibilidade de tutela do direito dessas pessoas por meio da discutível não recepção do tratado pela atual CF, resta considerar alternativas para a tutela do direito à identidade genética, na perspectiva de um direito de índole constitucional, no mínimo, por força da abertura do art. 5.º§2, da CF.

Oportuno considerar, no âmbito dessa discussão, a observação de Raposo, para quem a maioria dos diplomas internacionais que contemplam direitos fundamentais não

⁷²¹ “Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5.º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade (...) é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário n.º 466.343, de 03 de dezembro de 2008.**

⁷²² Decidiu o STF no julgamento do MI 642, no sentido de que “Eventuais lacunas normativas ou imperfeições de conteúdo material, constantes de textos meramente legais ou de normas inscritas em tratados internacionais, não se revelam colmatáveis, nem suscetíveis de correção pela via injuncional, eis que o mandado de injunção somente tem pertinência quando destinado a suprir omissões estatais na regulação de cláusulas exclusivamente fundadas na própria constituição da República.” Na mesma direção, o julgamento do MI 4398. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MI 642, **de 1º de agosto de 2001**, [em linha]. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **MI 4398, de 19 de agosto de 2015**, [em linha].

mencionam esse direito que, vale lembrar, é das mais recentes dimensões. Todavia, os órgãos jurisdicionais sempre o têm reconhecido, em meio às disposições neles elencadas⁷²³.

Assim, à falta de qualquer norma legal impositiva do anonimato, no ordenamento jurídico brasileiro, afigura-se viável seu reconhecimento judicial, assim como o fez o acórdão que julgou Recurso Especial n.º 127.541, já referido⁷²⁴, quando, ainda não previsto expressamente o direito do adotado de conhecer sua família de origem, decidiu em favor do filho, reconhecendo a existência desse direito e a ausência de proibição legal para o deferimento da tutela.

A reforçar esse argumento, uma vez reconhecido ao direito à identidade genética a condição de direito fundamental material, importa lembrar, que as normas consagradoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, conforme previsão do art. 5.º, § 1.º da CF.

Merece destaque, ainda, a posição defendida por Lira segundo quem os filhos nascidos de PMA heteróloga têm o direito de responsabilizar os pais se sofrerem algum dano relacionado com a saúde ou de índole existencial, com vistas à reparação do prejuízo extrapatrimonial sofrido. Sustenta o autor que é responsabilidade dos pais, correlata ao livre planejamento familiar, preservar os direitos dos filhos, na hipótese de considerarem importante na vida adulta, conhecer sua ascendência⁷²⁵.

Não se afigura desarrazoado, outrossim, a solução dada pela Corte infraconstitucional alemã (BGH), no ano de 2019, que reconheceu a uma filha concebida a partir de doação de sêmen, o direito ao conhecimento de suas origens biológicas, rejeitando a recusa de uma clínica de reprodução de informar a identidade do genitor.

A defesa da clínica amparava-se em dois argumentos: primeiro, de que à época da reprodução, situava-se na Alemanha oriental, onde a regra era o anonimato do doador; segundo, que o contrato firmado com o doador estabelecia a proteção de sua identidade. O julgado considerou irrelevantes os fundamentos invocados, decidindo no sentido de que os interesses particulares não preponderavam sobre os da filha que, por sua vez, consubstanciavam direito de personalidade, intangível e indisponível⁷²⁶.

⁷²³ RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 795

⁷²⁴ Veja-se subtítulo 4.2.2. desta dissertação.

⁷²⁵ LIRA, Waldemar Paes – Responsabilidade civil dos pais pela impossibilidade dos filhos nascidos através da inseminação artificial heteróloga conhecerem sua Origem Genética. In PEREIRA, André Gonçalo Dias et. al. – **Responsabilidade Civil em Saúde**, p. 595-597.

⁷²⁶ FRITZ, Karina Nunes – **Clínica de reprodução tem dever de informar a identidade do doador de sêmen**, [n. p.].

De qualquer sorte, no Brasil como em qualquer outro País do mundo onde o anonimato foi banido, o grande problema, afirma Raposo, é que se reconhece o direito do filho a conhecer seu ascendente genético, mas não se lhes reconhece o direito a conhecer as circunstâncias que cercam o seu nascimento, este pré-requisito para o exercício do outro, haja vista que à míngua dessas informações, a pessoa não disporá de razões para investigar a identidade de um hipotético doador.⁷²⁷

⁷²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia – **O direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião *in vitro***, p. 795.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa pretendeu averiguar e, por fim, demonstrar que o direito ao conhecimento do ascendente genético é direito fundamental de personalidade, de máxima importância à constituição do sujeito, e que, por isso mesmo, deve ser assegurado a todas as pessoas, incluídas aquelas nascidas de PMA, por imperativo da dignidade da pessoa humana e sob pena de ofensa ao princípio da igualdade, numa perspectiva luso-brasileira.

Sentimos a necessidade de registrar, nesse momento, que a investigação foi motivada pela inquietante reflexão de que os filhos nascidos de PMA heteróloga são verdadeiros filhos do silêncio que, tal qual Édipo na tragédia grega, vivem na escuridão quanto à sua identidade, impedidos de desvendar o mais elementar de todos os enigmas, o de sua própria existência.

Mesmo depois de já transcorrido considerável tempo desde o início do emprego das técnicas de PMA, a exclusão do anonimato do doador do gameta permanece sendo um dos grandes dilemas éticos que rondam a reprodução heteróloga, que granjeia, ainda hoje, severas oposições, dada a intervenção de um estranho na intimidade do casal e pela dissociação entre a parentalidade biológica e jurídica.

Apesar da tendência mundial de reconhecer esse direito, em muitos Países, o sigilo ainda se impõe como obstáculo a que os filhos havidos por reprodução heteróloga conheçam a identidade daquele que contribuiu para a formação de seu patrimônio genético. Na América do Sul, por exemplo, apenas Argentina e Uruguai, os dois Países que legislaram sobre PMA adotaram um regime restrito que só permite acesso a dados médicos e a identidade dos ascendentes, só pode ser revelada, mediante autorização judicial, fundada em relevantes motivos. O Brasil, por sua vez, segue desde 1992 regulando a PMA por meio de Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A pesquisa realizada permite concluir que o direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético, na reprodução heteróloga, é uma dimensão do direito à identidade genética, que recebe acolhimento na Carta Magna portuguesa e sem previsão na Constituição brasileira que, de resto, nem mesmo, num plano mais genérico, outorgou assento constitucional ao direito à identidade pessoal.

Outra conclusão a que se chegou é que o conteúdo do direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético é a específica identidade do doador e não meramente informações sobre dados genéticos, como parte da doutrina chegou a sustentar. Esse conteúdo

protegido compreende duas facetas, sendo a primeira delas o conhecimento das condições do nascimento e a segunda, o direito de conhecer os ascendentes genéticos.

Constatou-se que há dois grandes obstáculos que atentam contra o conteúdo protegido desse direito, o primeiro a ser imputado à própria família e o segundo, ao Estado.

O primeiro, de índole intrafamiliar, consiste no segredo quanto à utilização das técnicas, omitindo do filho as circunstâncias de seu nascimento, o que se mostra um gesto de total desrespeito à individualidade da criança, enquanto sujeito de direito, cujos interesses, por imposição da doutrina da proteção integral, devem ser priorizados, considerada sempre sua condição de pessoa em desenvolvimento.

No contexto da utilização das técnicas de PMA, em que as decisões são tomadas na calada de um consultório médico, sem visibilidade externa, os pais são guardiões do segredo que, se não for revelado, o filho não terá, em princípio, sequer motivo para suspeitar das circunstâncias de seu nascimento e, por evidente, permanecerá na ignorância sobre sua ascendência, mesmo que permitido pela lei conhecê-la.

Tal circunstância convoca à necessária reflexão de que o direito de ter um filho não é absoluto e não se confunde com o direito a um filho, a ser conquistado em quaisquer condições, como se de objeto se tratasse, em desacordo com normas éticas e jurídicas consagradoras de interesse público, mas ao contrário, encontra limites em um leque de valores superiores, relacionados com a dignidade humana própria dos filhos, à sua liberdade de agir, sua livre formação e sua ampla subjetivação.

Importa observar que a preservação do segredo, conforme refere literatura especializada, compromete a qualidade da comunicação familiar e as relações de afeto construídas, afetando a própria espontaneidade no comportamento com a criança. Ademais, subestima o risco da descoberta do segredo na idade adulta que dá origem a sentimentos negativos e de agressividade dos filhos, como estudos têm revelado.

A ocultação do segredo não se coaduna com o perfil da família repersonalizada, democrática e igualitária, por influência do princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornou *locus* de realização da pessoa, o ambiente propício para o livre desenvolvimento da personalidade, em que a criança deve ser tratada como sujeito de direito, titular de sua própria dignidade e ter seus interesses priorizados.

A manutenção do segredo no ambiente familiar desatende a responsabilidade reprodutiva que implica para os beneficiários das técnicas em deveres e ônus, assim como a consciência de que o direito de constituir família por meio das técnicas de PMA deve ser entendido sob o prisma de um ato de propagação da vida humana, com respeito à dignidade

humana da criança e não de realização da vontade onipotente dos beneficiários, a exigir o exercício da parentalidade responsável.

A omissão quanto às circunstâncias do nascimento do filho, evidentemente, contraria o superior interesse da criança, despersonaliza a reprodução assistida e, a par de afetar o direito à identidade genética, subtrai dela o direito à verdade sobre si mesma, que tem correspondência obrigatória no dever de transparência que deve permear as relações familiares.

O outro obstáculo ao exercício do direito ao conhecimento da ascendência genética é a opção legislativa pelo anonimato do doador do gameta e embriões que se coloca a serviço dos interesses dos doadores e dos beneficiários das técnicas, em nítida colisão com os da pessoa nascida de PMA.

Esse aspecto merece análise à luz dos princípios estruturantes do Estado de direito, o que é para lá de pertinente, considerando-se que Portugal e Brasil são dois Estados democráticos de direito que elegeram a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da ordem jurídica, que se consubstancia por meio de princípios que funcionam como estruturas garantidoras dos direitos fundamentais, parâmetro para aferição da legitimidade de eventuais restrições a direitos fundamentais.

O estudo, partindo desse ponto, leva a concluir que a política de manutenção do anonimato viola dois princípios estruturantes: o princípio da igualdade e o princípio da proteção insuficiente, por alguns juristas considerado subsumido no princípio da proporcionalidade, o que torna desde logo fulminada de inconstitucionalidade a restrição ao direito ao conhecimento do ascendente genético.

Numa breve retrospectiva histórica, imperioso lembrar que a discussão sobre o direito dos filhos havidos por PMA terem acesso à identidade de seus ascendentes genéticos surge no continente europeu, alavancada pela luta dos filhos adotivos pelo direito de conhecerem suas origens e sua própria história.

Ou seja, estabeleceu-se uma analogia entre a situação dos filhos adotivos e dos concebidos por reprodução heteróloga que serviu de fundamento para o aprofundamento desse debate, nitidamente orientado pelo princípio da dignidade humana, na perspectiva da igual dignidade e do princípio da igualdade.

Inconcebível seria cogitar que atende ao superior interesse dos filhos adotivos conhecer suas origens e seus ascendentes biológicos se não se reconhecesse que esse interesse tem a mesma importância para os filhos nascidos de PMA. Que fundamento poderia haver para legitimar tratamento diferente entre um e outro filho? Como seria possível conciliar o princípio

da igualdade entre as filiações assegurado nas constituições luso-brasileira, que rejeita tratamento discriminatório, à míngua de uma justificativa racional para esse discrimen?

E ampliando a discussão, inevitável a pergunta: Sob que consistente argumento filhos de todas as origens podem ter acesso à identidade de seu ascendente biológico e apenas os nascidos concebidos com recursos às técnicas de PMA sejam privados do mesmo direito?

Se bem examinada a condição do filho nascido de reprodução heteróloga, o vínculo parental que se estabelece entre beneficiários e a criança será biológico em relação àquele que contribuiu com o gameta e afetivo em relação ao outro, tal como acontece na adoção. Assim, negar a essa pessoa o direito a conhecer seu progenitor genético fere o senso de justiça e resulta em flagrante ofensa ao princípio da igualdade.

Inexiste justificativa racional para a discriminação e a desequiparação que, uma vez estabelecida, vai de encontro aos valores constitucionalmente eleitos e não se harmoniza com valores éticos consagrados no ordenamento jurídico de qualquer dos dois Países, o que é suficiente para que se reconheça a ofensa ao princípio da igualdade.

Um Estado verdadeiramente comprometido em assegurar proteção à criança, pessoa em desenvolvimento, não pode deixar de reconhecer que o amplo processo de subjetivação do filho, necessariamente, requer o conhecimento de sua identidade genética, relacionada com o conhecimento da identidade daqueles que lhe transmitiram a informação única e irrepetível que o singulariza como indivíduo e o identifica.

Não é admissível que o Estado ignore, no sentido de desconhecer ou mesmo ser indiferente, que à falta desse conhecimento não se realiza satisfatoriamente a ligação entre as unidades psicossomática e a eu-mundo da personalidade.

Tampouco é aceitável indiferença ante à inexorável realidade de que a personalidade é um conjunto biopsicossocial, composta de fatores hereditários e vivenciais e que, quanto maior for a compreensão de si, maior a capacidade de autodeterminação e autoconformação do ser em desenvolvimento. Em outras palavras, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade será exercido em melhores condições quanto maior o conhecimento de si próprio.

O Estado, igualmente, não pode estar alheio aos imperativos de saúde física e mental, outro direito fundamental diretamente relacionado com a vida digna, que poderá ser afetado pelo sigilo da identidade do doador.

A indiscutível importância dos testes genéticos para a Medicina preditiva tem sido amplamente divulgada; a eventual necessidade de informação sobre as origens genéticas no rastreio universal de algumas patologias é de conhecida relevância. Distúrbios relacionados

com crise de identidade por obstrução das origens genômicas ou problemas psíquicos relacionado com diferenças profundas entre pais e filhos são também referidos.

Afora isso, a prevenção de relações consanguíneas que, para além de transgredirem o interdito do incesto, pode levar a sérios problemas de saúde, é outro importantíssimo fator a exigir a devida atenção do Estado.

Sacrificar o direito ao conhecimento da ascendência genética para proteger a vida privada do doador não se justifica também à vista da responsabilidade reprodutiva deste que, inobstante não venha a ter responsabilidades próprias do direito de Família, no mínimo, tem, por razões existenciais, com o ser que ajudou a gerar.

Nesse cenário, compreende-se que a omissão do Estado em legislar, assegurando o direito das pessoas concebidas por PMA a conhecer seu ascendente genético ou consagrando o anonimato do doador de gameta, caracteriza omissão no cumprimento de dever de proteção de direitos fundamentais dessas pessoas porque resulta na ablação do direito em discussão, caracterizando ofensa ao princípio da proteção insuficiente ou ao princípio da proporcionalidade, conforme entende o Tribunal Constitucional de Portugal.

Assegurar o direito ao conhecimento da identidade do ascendente genético depende de se resguardar o conteúdo protegido desse direito e, portanto, da eliminação dos dois óbices: do segredo e do sigilo. E, por mais que se argumente que os pais não poderão ser obrigados a revelá-lo, caberá ao Estado criar mecanismo que assegure aos filhos, o direito à verdade sobre si.

Embora Portugal já tenha eliminado o anonimato do doador, penso ser ainda necessária a criação de uma norma que exija a emissão de certidão de narrativa extraída do registro de nascimento, para fins de casamento, que contenha a informação de que o nascimento resultou de reprodução heteróloga, aproximando-se do que acontece com os filhos adotivos, em que tais documentos mencionam o nome dos pais naturais, nos termos do art. 213.º, n.º 3, do Código de Registo Civil.

As informações relativas aos dados genéticos e identificação civil do doador, permaneceriam sob a guarda do CNPMA, órgão que por expressa disposição da Lei 32/2006 que detém essa atribuição, conforme art. 30.º, letra p.

No Brasil não há a exigência de certidão de narrativa para habilitações de casamento, nesse caso, a proposição que se faz é no sentido de que, ao ser iniciado o processo de habilitação fosse pesquisada acerca da origem da filiação, de vez que os documentos oriundos da clínica de reprodução humana ficam arquivados no respectivo Ofício em que foi lavrado o registro civil (art. 18.º, § 2.º, do Provimento 63, do CNJ). E, uma vez encontrada

alguma informação, fosse notificado o habilitante sobre eventual interesse na emissão de uma certidão de narrativa, a ser de seu exclusivo conhecimento.

Possivelmente, a certeza da revelação tardia da verdade e suas nefastas consequências, fruto de estudos e pesquisas, tais como o comprometimento da qualidade da comunicação familiar e das próprias relações de afeto construídas e o despertar de sentimentos negativos como confusão e agressividade nesses filhos, dentre outras já referidas no item 4.2.2.1.1., teriam efeito dissuasório sobre os beneficiários que seriam forçados a revelar aos filhos, no momento recomendado por especialistas, as circunstâncias de seu nascimento, oportunizando-lhes, caso desejassem, atingida a maioridade, saber a identidade daquele que contribui para a formação de seu patrimônio genético.

Na busca de argumentos jurídicos que permitissem afirmar a existência desse direito em Países cujos ordenamentos expressamente não o reconheçam, com vistas à promoção de sua tutela em juízo, encontrou-se na Declaração Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada por 196 Países, incluindo o Brasil, o mais forte deles. O documento não só o prevê como ainda atribui aos Estados o dever de regulamentar em sua legislação doméstica.

É, portanto, numa primeira análise, um direito de personalidade universal, previsto em norma de direito internacional de direitos humanos, a primeira das fontes de direitos de personalidade, na vertente objetiva. O dever de legislar sobre esse direito imposto a cada Estado é nada mais nada menos do que um dever de soberania, já cumprido por Portugal, a garantir efetividade ao direito à identidade genética assegurado na Carta Constitucional.

Em contrapartida, o Brasil permanece omitindo-se até mesmo de legislar sobre a reprodução assistida, de vez que, como referido, desde 1999 tramitam projetos de lei, sem lograr aprovação, demonstrando ignorar a magnitude dos direitos envolvidos ou, o que é pior, revelando indiferença por um tema que trata de umas das pulsões mais primitivas do ser humano, que é a reprodução humana, tão antiga quanto o próprio surgimento do homem.

Visto sob outro ângulo, o Parlamento brasileiro parece não ter se dado conta ainda, que dessa forma alternativa de reproduzir, a única possível para casais estéreis ou inférteis, originam-se famílias, formam-se vínculos parentais, nascem crianças que merecem a mesma proteção que quaisquer outras, sejam filhos biológicos ou adotivos, tanto do Estado, na tutela de seus direitos fundamentais quanto dos pais, no exercício da parentalidade responsável.

É desoladora a constatação de que os projetos de lei que tramitaram no Parlamento, visando à regulação da PMA, todos previam a manutenção do anonimato do doador de gametas e o atual, que aguarda votação, prevê excepcionalmente, a quebra do anonimato em

favor do filho com mais exigência do que contempla, nessas mesmas condições, a revelação da identidade do filho ao pai.

Em que pese a omissão legislativa do Estado brasileiro, o direito do filho nascido de PMA heteróloga é direito materialmente fundamental que integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, quer se considere recepcionada a CIDC pela forma prevista antes da Emenda Constitucional de 2004, quer pela cláusula de abertura do §2º, do art. 5.º da CF.

Uma vez reconhecida a tutela objetiva desse direito de personalidade, uma imposição da dignidade da pessoa humana, atributo inalienável, indisponível e irrenunciável, inscrita numa zona de heteronomia, imperioso pensar que deve haver instrumentos processuais aptos à proteção de tais direitos.

Nesse sentido, é inegável a importância da jurisprudência na construção do direito. O constitucionalismo que também se traduz como uma forma de interpretar o direito em conformidade com a tábua axiológica eleita pelo constituinte, pode prestar aos brasileiros nascidos de reprodução heteróloga enorme contribuição, reconhecendo esse direito fundamental, a partir da CIDC, ratificada pelo Brasil.

Eventual demanda posta em juízo, por exemplo, postulando a exclusão do anonimato pode ter procedência, reconhecendo-se o direito com fundamento na disposição convencional ou por seu acréscimo ao catálogo de direitos fundamentais por força da cláusula de abertura e pela inexistência de qualquer lei que proíba a eliminação do anonimato. A decisão é juridicamente viável, sim, até porque a confidencialidade resulta de norma deontológica, insuscetível, por óbvio, de derrogar a CIDC.

Em condições muito mais desfavoráveis, o BGH alemão deu ganho de causa a uma filha nascida de uma doação de sêmen na antiga Alemanha Oriental, apesar de haver à época lei garantindo o sigilo da identidade do doador, além de pacto de confidencialidade entre beneficiário e doador, reconhecendo a prevalência do direito de personalidade da filha.

Finalizamos o presente trabalho, na esperança de que possamos ter dado alguma contribuição para a ampliação do debate sobre esse tema, em um e outro País.

Em relação ao Brasil, terá valido a pena essa pesquisa se for capaz de instigar reflexões, no sentido de despertar a consciência de que as novas demandas da Biotecnologia aplicada à reprodução humana, exigem soluções incompatíveis com os institutos clássicos do Direito, que só poderão ser dadas por um novo direito que positive regras bioéticas capazes de harmonizar a proteção da dignidade da pessoa humana com o progresso da ciência.

E, por fim, e mais importante, esperamos que essa pesquisa venha a colaborar para a construção das bases teóricas do direito ao conhecimento da identidade da ascendência

genética da pessoa nascida de reprodução heteróloga, ainda tão incipiente no Brasil, e instigue o necessário aprofundamento do debate, numa perspectiva transdisciplinar, sem perder de vista o prioritário interesse da criança nascida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A INTELIGÊNCIA artificial permite a seleção de embriões cromossomicamente normais com 90% de precisão. [Em linha]. **Saúde e bem-estar**. (04-07-2022). Disponível em <https://saudebemestar.com.pt/inteligencia-artificial-permite-selecionar-embrioes-normais-com-90-da-precisao/>. [Consult. em 13-03-2023].

ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de Albuquerque – A Reprodução Assistida Heteróloga e o direito ao conhecimento das origens genéticas: um diálogo necessário entre o Direito e a Psicologia. In TRINTADE, Jorge (coord.) – **Para uma Psicologia (Forense) da Esperança**. São Paulo: Life Editora, 2021. ISBN 9786558871279.

ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de; GUIMARÃES, Vanessa Albuquerque Rocha – Multiparentalidade: uma breve abordagem sobre obrigação alimentar, efeitos sucessórios e outras questões de relevo. In RAMPAZZO, Adriane *et al.* (org.) – **Diálogos de Família e Sucessões. Vol. IV**. São Paulo: Dialética, 2021. ISBN 978-65-252-2979-9.

ALBUQUERQUE, Claudia Maria Oliveira de – Uma breve reflexão sobre a reprodução assistida *post mortem* homóloga e seus efeitos no estabelecimento da parentalidade e no direito sucessório. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Nº 90 (jul.-dez./2021), p. 275-302. ISSN 0101-6342.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-392-0073-3.

ALMEIDA, Victor; BARBOZA, Heloísa Helena – Des (igualdade de gênero): a mulher como sujeito de direito. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Victor (coord.) – **O Direito Civil entre o direito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-450-0180-5.

ALMEIDA, Felipe – Vulnerabilidades no começo da vida humana. **Cadernos de Bioética**. Ano XII, n.º 36 (dez./2004).

ASCENSÃO, José de Oliveira – A lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-37868-8.

ASCENSÃO, José de Oliveira – Intervenções no genoma humano: validade ético-jurídica. In ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.). **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2189-0.

ASCENSÃO, Joé de Oliveira – O início da vida. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.** Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-3141-5.

AUGUSTO, Daniela Moreira – **Inseminação artificial homóloga *post mortem* e questões sucessórias decorrentes.** Belo Horizonte: Dialética, 2020. ISBN 978-658009683-1.

AVELAR, Cássia Cançado – **Gestação substitutiva: subjetivação e filiação. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana: psicologia.** (04-2020).

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. ISBN 85-392-0341-3.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira – **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição; Bioética e Direito.** [Em Linha]. Disponível em <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/identidadegenetica.pdf>. [Consult. em 04-12-2022].

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético.** Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-113-5.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano.** Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3250-4.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Investigação da filiação.** *In* ASCENSÃO, Joé de Oliveira – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. II.** Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-3141-5.

BARBOZA, Heloísa Helena – **Princípios da Bioética e do Biodireito.** [Em Linha]. **Revista Bioética.** Vol. 8, n.º 2 (2000), p. 209-216. Disponível em https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. [Consult. em 28-08-2022].

BARRETO, Vicente de Paulo – **Bioética, Biodireito e Direitos Humanos.** [Em Linha]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html. [Consult. em 30-08-2022].

BARRETTO, Vicente de Paulo – **O fetiche dos Direitos Humanos.** 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. ISBN 978-85-7348-841-8.

BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no Direito Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-7700-639-7.

BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22804-7.

BARROSO, Luís Roberto – Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. [Em linha]. **Jus.com.br**. (01-11-2005). Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. [Consult. 11-12-2022).

BAUMAN, Zygmunt – **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 200. ISBN 978-85-7110-598-0.

BIAZUS, Camila Baldicera; BOTTON, Andressa; FACCINI, Andrea e CEZNE, Graziela Oliveira Miolo – As implicações da reprodução assistida na Constituição Subjetiva Infantil. **Revista de Psicologia da IMED**. Vol.1, n.º 2 (2009), p. 201-209.

BITTAR, Carlos Alberto – **Os Direitos da Personalidade**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-20287-8.

BOBBIO, Norberto – **A era dos Direitos**. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN 85.7001-710-3.

BOBBIO, Norberto – **Elogio da Serenidade: e outros escritos morais**. São Paulo: Unesp, 2011. ISBN 978- 85-393-0173-7.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele – Autonomia e solidariedade. *In* TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (coord) – **O Direito Civil: entre a autonomia e a pessoa**. Belo Horizonte: Forum, 2016. ISBN 978-85-450-0180-5.

CAMPOS, Diogo Leite de - A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol II**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – **Lições de Direita da Família**. 4.^a ed. Almedina: Coimbra, 2018. ISBN 978-972-40-7643-0.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Brançosos e interconstitucionalidade**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada. Vol I**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; VIEIRA, Pollyana Souza – Estatuto Internacional de Reprodução Assistida: uma intervenção necessária? [Em linha]. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Vol. 21, n.º 39 (jan.-abr./2001), p. 157-169. Disponível em <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitojustica/article/view/311/126>. [Consult. em 29-11-2022].

CLARKE, Robert Clarke – **Os filhos da Ciência**. Porto: Editorial Verbo, 1984/1985.

CLEMENTE, Gabriela Trindade – Responsabilidade Civil, Genética e Riscos Desconhecidos. In PEREIRA, André Gonçalo Dias *et al.* – **Responsabilidade Civil em Saúde**. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. ISBN 978-989-9075-00-9.

COELHO, Francisco Brito Pereira – Os pactos no casamento e o direito na união de facto. In OLIVEIRA, Guilherme de (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1112-9.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família. Vol. II**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1547-8.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES – **Commission Directive 2006/86/EC, of 24 October 2006**. [In line]. Official Journal of the European Union. Vol. 102 (25-10-2006), p. 32-50. Available in <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:294:0032:0050:EN:PDF>. [Consult. on 13-03-2023].

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - **Enunciado 105**. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>. [Consult. em 12-10-2022].

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – **Enunciado 106**. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. [Consult. em 12-10-2022].

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – **Enunciado 111**. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>. [Consult. em 14-09-2021].

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – **Resolução n.º 2294, de 15 de junho de 2021**. [Em linha]. Disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. [Consult. em 13-03-2023].

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – **Resolução n.º 2320, de 20 de setembro de 2022.** [Em linha]. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. [Consult. em 13-03-2023].

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida – **Consentimento informado.** [Em linha]. Lisboa, (2020). Disponível em <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/modelos-de-consentimento-informado.aspx>. [Consult. em 11-09-2022].

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 53.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-63621-7.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

CONVENÇÃO sobre os direitos da criança. [Em Linha]. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1989. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. [Consult. em 08-09-2019].

CORDEIRO, Antônio Menezes – **Tratado de Direito Civil. Vol. IV.** 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISSN 978-972-40-6805-3.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA – **Provimento n.º 63, de 14 de novembro de 2017.** [Em Linha]. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. [Consult. 01-09-2019].

CORTE REAL, Carlos Pamplona – Relance crítico sobre o Direito de Família português. In OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1112-9.

COSTA, Judith Martins – Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol II.** Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5.

COSTA JÚNIOR, Ivo Basílio da – The vanguard of Argentina and Uruguay in positivating reproductive rights in South America. In Vitro Fertilization in Focus. [Em linha]. **Academia.** (2017). Disponível em https://www.academia.edu/42653780/THE_VANGUARD_OF_ARGENTINA_AND_URUGUAY_IN_POSITIVATING_REPRODUCTIVE_RIGHTS_IN_SOUTH_AMERICA_IN_VITRO_FERTILIZATION_IN_FOCUS?from=cover_page. [Consult. em 25-11-2022].

COSTA, Marta; LIMA, Catarina – A maternidade de substituição à luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. [Em Linha]. **Lusíada**. N.º 10 (2012), p. 237-289. Disponível em <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/196/188>. eISBN 21832064. [Consult. em 19-08-2022].

COULANGES, Fustel de – **A Cidade Antiga**. [s.l.]: LeBooks. ISBN 9786587921631.

COUNCIL OF EUROPE – **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. [Em linha]. Estrasburgo: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2010. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. [Consult. em 13-06-2020].

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna – **Aspectos jurídicos da reprodução assistida**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. ISBN 978-85-95240-24-7.

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ISBN. 978-85-2033-101-9.

DIAS, Maria Berenice – **União homoafetiva**. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-85-203-3455-3.

DECLARAÇÃO e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. In **Conferência Mundial Sobre a Mulher**, 4, Pequim, 1995. [Em linha]. Pequim: UNFPA Brazil, 1995, p. 147-258. Disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. [Consult. em 18-08-2022].

DUARTE, Thiago – **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972- 40-1893-8.

DWORKIN, Ronald – **Levando os Direitos a sério**. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN 978-85-782-7251-7.

ENGELS, Friederich – **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014. ISBN 978-8577992317.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da – **Teoria geral do afeto**. Salvador: Jus PODIVM, 2020. ISBN 978-65-5680-129-2.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia – **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações familiares: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2010. ISBN 978-85-3622689-9.

FRANTZ, Nilo – Congelamento de sêmen: por quanto tempo pode ficar armazenado? [Em linha]. **Blog Possibilidades para vida**. (19-10-2022). Disponível em <https://www.nilofrantz.com.br/congelamento-de-semen-por-quanto-tempo-pode-ficar->

armazenado/#:~:text=Depois%20de%20congelado%2C%20o%20s%C3%AAs%20integridade%20dos%20materiais%20gen%C3%A9ticos. [Consult. em 13-03-2023].

FRANTZ, Nilo – Conheça o passo a passo da fertilização in vitro [Em linha]. **Blog Possibilidades para vida.** (18-04-2019). Disponível em <https://www.nilofrantz.com.br/conheca-o-passo-a-passo-da-fertilizacao-in-vitro/>. [Consult. em 13-03-2023].

FRANTZ, Nilo – O que é e como funciona a inseminação artificial? [Em linha]. **Blog Possibilidades para vida.** (01-03-2019). Disponível em <https://www.nilofrantz.com.br/o-que-e-e-como-funciona-a-inseminacao-artificial/#:~:text=Na%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial%20intracervical%2C%20o,aptos%20para%20fertilizar%20ser%C3%A3o%20injetados>. [Consult. em 13-03-2023].

FREUD, Sigmund – **Totem e tabu**. São Paulo: Penguin, Companhia das Letras, 2013. ISBN 978-85-63560-61-2.

FRITZ, Karina Nunes – Clínica de reprodução tem o dever de informar a identidade do doador de sêmen. [Em linha]. **Migalhas.** (22-07-2019). Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/german-report/303148/clinica-de-reproducao-tem-dever-de-informar-a-identidade-do-doador-de-semen>. [Consult. em 30-01-2021].

GAMEIRO, Sofia; SILVA S Sónia; CANAVARRO, Maria Cristina – A experiência masculina de infertilidade e de reprodução medicamente assistida. [Em linha]. **Psicologia, Saúde e Doenças.** Vol. 9, n.º 2 (2008), p. 253-270. Disponível em <https://repositorio.ispa.pt/bitstream/10400.12/1081/1/PSD%202008%209%282%29%20253-270.pdf>. [Consult. em 12-11-2022.].

GÁLATAS. In BÍBLIA Sagrada. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. (cap. 3, vers. 28). Disponível em http://bibliaon.com/galatass_3/. [Consult. em 22-08-2022].

GARCIA, Diego – **Fundamentos da Bioética**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2008. ISBN 978-972-603-441-4.

GÊNESIS. In BÍBLIA Sagrada. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. (cap. 16, vers. 1-4). Disponível em http://bibliaon.com/genesis_16/. [Consult. em 22-08-2022].

GÊNESIS. In BÍBLIA Sagrada. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. (cap. 30, vers. 1-6). Disponível em http://bibliaon.com/genesis_30/. [Consult. em 22-08-2022].

GIDDENS, Anthony; LOPES, Magda – **A transformação da intimidade: Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Editora UNESP, 2003. ISBN 978-8571390379.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional. Vol. II.** 4.^a ed. Almedina: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-40-4681-5.

GUIMÓN, Pablo; PRATS, Jaime – Reino Unido autoriza o primeiro bebê com três pais genéticos. [Em linha]. **El País**. (03-02-2015). Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/03/ciencia/1422963738_504035.html. [Consult. em 13-03-2023].

HAN, Byung-Chul – **A agonia do Eros**. Petrópolis: Vozes, 2017. ISBN 978-85-326-5518-9.

HOLANDA, Maria Rita – **Parentalidade: entre a realidade social e o Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. ISBN 978-65-5518-237-8.

HOLCOMBE, Madeline – Embrião sintético, sem esperma ou óvulo, pode mudar tratamentos de infertilidade. [Em linha]. **CNN Brasil**. (05-09-2022). Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/embriao-sintetico-sem-esperma-ou-ovulo-pode-mudar-tratamentos-de-infertilidade/>. [Consult. em 13-03-2023].

I EPÍSTOLA aos Coríntios. In **BÍBLIA Sagrada**. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. (cap. 7, vers. 10-11). Disponível em http://bibliaon.com/1_corintios_7/. [Consult. em 22-08-2022].

KANT, Immanuel – **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2018. ISBN 978-85-440-0199-8.

KANT, Immanuel – **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2018. ISBN 978-972-44-1515-4.

KANT, Immanuel – **Metafísica dos Costumes. Parte I**. Lisboa: Edições 70, 2019. ISBN 978-972-44-2179-7.

KAUFMANN, Arthur – **Filosofia do Direito**. 5.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEI n.º 07, de 11 de maio de 2001. **Diário da República**, I Série, n.º 109 (11-05-2001), p. 2797 – 2798.

LEI n.º 09, de 31 de maio de 2010. **Diário da República**, Série I, n.º 105 (31-05-2010), p. 1853.

LEI n.º 32, de 26 de julho de 2006. **Diário da República**, Série I, n.º 143 (26-07-06), p. 5245-5250.

LEI n.º 48, de 08 de julho de 2019. **Diário da República**, Série I, n.º 128 (08-07-19), p. 3415-3416.

LEI n.º 90, de 16 de dezembro de 2021. **Diário da República**, Série I, n.º 242 (16-12-2021), p. 13 – 16.

LEI n.º 143, de 08 de setembro de 2015. **Diário da República**, Série I, n.º 175 (08-09-2015), p. 7232-7251.

LEI 8.069, de 13 de julho de 1990. [Em linha]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8069-13-julho-1990-372211-publicacaooriginal-1-pl.html>. [Consult. em 13-03-2023].

LEI n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992. [Em linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm. [Consult. em 13-03-2023].

LEI n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996. [Em linha]. **Diário Oficial da União**, Seção 1, ano CXXXIV, n.º 10 (15-01-1996), p. 561-563. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=15/01/1996>. [Consult. em 28-11-2021].

LEI n.º 11.105, de 24 de março de 2005. [Em linha]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=671968. [Consult. em 13-03-2023].

LEI n.º 12.004, de 29 de julho de 2009. [Em linha]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12004-29-julho-2009-589952-norma-pl.html>. [Consult. em 13-03-2023].

LEI n.º 14.138, 16 de abril de 2021. [Em linha]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14138.htm. [Consult. em 13-03-2023].

LEI que permite que crianças tenham “três pais” na Austrália é aprovada e gera polêmica. [Em linha]. **Crescer**. (04-04-2022). Disponível em <https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/noticia/2022/04/lei-que-permite-que-criancas-tenham-tres-pais-na-australia-e-aprovada-e-gera-polemica.html>. [Consult. em 13-03-2023].

LEITE, Eduardo de Oliveira – **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. ISBN 85-203-1276-4.

LEMONS, Vinícius – Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. [Em linha]. **BBC News Brasil**. (29-11-2017). Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205#:~:text=As%20doa%C3%A7%C3%B5es%20de%20esperma%20s%C3%A3o,ent%C3%A3o%20realiza%20a%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20caseira>. [Consult. em 13-03-2023].

LIRA, Waldemar Paes – Responsabilidade civil dos pais pela impossibilidade dos filhos nascidos através da inseminação artificial heteróloga conhecerem sua Origem

Genética. In PEREIRA, André Gonçalo Dias *et. al.* – **Responsabilidade Civil em Saúde**. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021. ISBN 978-989-9075-00-9.

LÔBO, Paulo – **Direito Civil. Vol. V: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-8547222697.

LÔBO, Paulo – **Lições de Direito Civil: famílias. Vol. 5**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018 ISBN 978-85-53605-18-7.

LÔBO, Paulo – Socioafetividade: O estado da Arte no Direito de Família brasileiro. [Em Linha]. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 1, n.º 1 (2015), p. 1743-1759. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf. [Consult. em 31-07-2022].

LOI n.º 2021-1017, du 2 août 2021. [Doubler]. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384/>. [Consult. sur 13-03-2023].

LOPES, Helena Prado – Parentalidades em construção na reprodução assistida: uma proposta de acompanhamento sistêmico-relacional. [Em linha]. **Sociedade Brasileira de Reprodução Humana: psicologia**. Disponível em <https://psicologia.sbrh.org.br/wp-content/uploads/2017/02/parentalidades.pdf>. [Consult. em 31-07-2022].

LUCAS. In BÍBLIA Sagrada. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. (cap. 1, vers. 13). Disponível em http://bibliaon.com/lucas_1/. [Consult. em 22-08-2022].

MACHADO, R. N.; FERES-CARNEIRO, T.; MAGALHAES, A.; MELLO, R. – O mito de origem em famílias adotivas. **Psicologia USP**. (mar./2019), p. 1-10. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-65642019000100202&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. [Consult. em 31-07-2022].

MACHIN, Rosana – Anonimato e segredo na reprodução humana com participação de doador: mudanças em perspectivas. [Em linha]. **Saúde e Sociedade**. Vol. 25, n.º 1 (2016), p. 83-95. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/3WRRbVtkxW978qdPZHPMbXC/abstract/?lang=pt>. [Consult. 31-10-2022].

MACHETE, Pedro; VIOLANTE, Teresa – O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus. In **Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal**, 15, Roma, 2013. Roma: Tribunal Constitucional, 2013. [Em linha]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2013-10-24-00-00/2013-PonenciaPortugal.pdf>. [Consult. em 12-08-2018].

MADALENO, Rolf – **Direito de Família**. 8.^a ed. São Paulo: Forense, 2018. ISBN 976-65-309-8000-9.

MALTA, João – Procriação medicamente assistida heteróloga. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol III**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972- 40-37868-8.

MATHEUS. *In* BÍBLIA Sagrada. [Em linha]. [s.l.]. [s.d.]. (cap. 1, vers. 18-24). Disponível em http://bibliaon.com/matheus_1/. [Consult. em 22-08-2022].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN 85-7420-047-6.

MELO, Pablo de Souza – **A aplicabilidade do instituto do parto anônimo no Direito Luso-Brasileiro**. Lisboa, 2020. Dissertação de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, apresentada à Universidade de Lisboa (polic.^a).

MELO, Helena Pereira – **Clonagem humana e reprodutiva**. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8050-5.

MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. 2.^a ed. Almedina: Coimbra, 2017. ISBN 978-072-40-7217-3.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa anotada. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1308-7.

MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Vol. IV**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0935-7.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della – **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6.^a ed. Lisboa: Textos Filosóficos, 2011. ISBN 978-972-44-1337-2.

MORAES, Carlos Alexandre – **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Método, 2019. ISBN 978-85-309-8292-8.

MORAES, Maria Celina Bodin de – **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. ISBN 978-857147-898-5.

MOTTA, Henrique – Interrupção voluntária da gravidez. *In* ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2189-0

NASCE bebê concebido de sêmen congelado há 21 anos. [Em linha]. **BBC News Brasil**. (14-04-2009). Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/04/090414_bebesemencongeladomv#:~:text=M%C3%A9dicos%20nos%20Estados%20Unidos%20anunciaram,13%20e%20os%2018%20anos. [Consult. em 13-03-2023].

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire – **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. ISBN 978-85-8238-316-2.

NEVES, Maria do Céu Patrão – Mudam-se os tempos, manda a vontade... *In* ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol III**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972- 40-37868-8.

NOGUEIRA, Mariana Brasil – **A família: conceito e evolução histórica e sua importância**. [Em linha]. Salvador. [s.d.]. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. [Consult. em 13-03-2023].

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. I: dignidade e direitos fundamentais**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7501-4.

NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Vol. II: dignidade e inconstitucionalidade**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-7734-5.

NOVAIS, Jorge Reis – **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-7764-2

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. [Consult. em 01-09-2019].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA DIVISÃO DE ÉTICA DAS CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS – **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**. [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. Disponível em https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. [Consult. em 29-11-2022.]

OLIVEIRA, Guilherme de – Critérios jurídicos de parentalidade. *In* OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.) – **Textos de Direito de Família para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1112-9.

OLIVEIRA, Guilherme de – **Estabelecimento da Filiação**. Coimbra: Petrony, 2019. ISBN 978-972-685-272-8.

ORNISH, Dean – **Amor & sobrevivência: a base científica para o poder curativo da intimidade**. Rio de Janeiro: Rocco, 2017. ISBN 85-235-0919-3.

PARECER CRM-MS n.º 07, de 10 de maio de 2016. [Em Linha]. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmms/pareceres/2016/7_2016.pdf. [Consult. 01-09-2019].

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. [Em Linha]. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. (Dez./2000). Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. [Consult. em 13-06-2020].

PELLEGRINELLO, Ana Paula - **Reprodução humana assistida: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2014. ISBN 978-85-362-4829-5.

PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; AZNAR FILHO, Simão – **Constitucionalismo Luso-Brasileiro**. Rio de Janeiro: Instituto Universitário, 2017. ISBN 978-85-909488-4-1.

PROJETO de lei n.º 188, de 03 de junho de 2003. [Em Linha]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. [Consult. em 16-09-2022].

PROJETO de lei n.º 1184, de 03 de junho de 2003. [Em linha]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. [Consult. em 13-03-2023].

QUEIROZ, Cristina – **Direitos Fundamentais: teria geral**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972- 32-1824-4.

RABINDRANATH, Valentino Aleixo Capelo de Sousa – **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0677-3.

RAPOSO, Vera Lúcia – **De mãe para mãe: questões éticas e legais da maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1345-1.

RAPOSO, Vera Lúcia – **O Direito à imortalidade: exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião *in vitro***. Coimbra, 2012. Tese de Doutoramento em Direito, apresentada à Universidade de Coimbra (polic. ^a).

RAWLS, John – **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ISBN 978-85-8063-267-5.

ROUDINESCO, Elisabeth – **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. ISBN 978-85-7110-700-7.

RAMOS, André – **Curso de Direitos Humanos**. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. ISBN 9786553622449.

RAPOSO, Vera Lúcia – Dá-me licença que tenha filhos?: Restrições legais no acesso às técnicas de reprodução assistida. [Em linha]. **Revista Direito GV**. Vol. 15, n.º 2 (mai.-ago./2019), p. 1-27. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/JBg9HPykY4n5dxVFBjhNsD/?format=pdf&lang=pt>. [Consult. em 14-09-22].

REIS, Rafael Vale e – Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. *In* ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol. III**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972- 40-37868-8.

ROBL FIHO, Ilton Norberto – Constituição Mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil. [Em linha]. **Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. N.º 36 (ene.-jun./2017), p. 361-363. Disponível em https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000100361. [Consult. em 08-12-2022].

SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato – **Bioética e Biodireito**. 5.ª ed. São Paulo: Foco, 2021. ISBN 978-65-5515-183-1.

SANDEL, Michael – **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. ISBN 9788520010303.

SANTIAGO, Denny Mendes – **As limitações aos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. ISBN 978-85-8238-035-2

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 13.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. ISBN 978-85-9590-025-7.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 13.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. ISBN 978-85-9590-025-7.

SCHREIBER, Anderson – Direitos da personalidade. [Em linha]. **Carta Forense**. (05-03-2012). Disponível em https://www.academia.edu/35814496/Direitos_da_Personalidade_Entrevista_Carta_Forense_. [Consult. em 13-03-2023].

SENNA, Carina Cátia Bastos de – **Direito à identidade pessoal e genética da criança versus o anonimato do doador na reprodução artificial**. Curitiba: Juruá, 2020. ISBN 978-85-362-9403-2.

SERRÃO, Daniel apud CAMPOS, Diogo de Leite – A procriação medicamente assistida e o sigilo do dador. *In* ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.) – **Estudos de Direito da Bioética. Vol II**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5.

SÓFOCLES – **Antígona**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2012. ISBN 978-85-254-1009-2.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi- O Direito de Saber a nossa História. [Em linha]. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 7, n.º 7 (jan-jul/2010). ISSN 192-0496. Disponível em <https://repositorio.furg.br/handle/1/2479>. [Consult. em 03-12-2022].

STANZIONE, Maria Gabriela – Nascimento anônimo, procriação medicamente assistida e Direito a conhecer as respectivas origens numa perspectiva comparada. *In Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”*, 1, Porto, 2017. Porto: Universidade do Porto, CIJE, 2017. p. 93-106.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 127541, de 28 agosto de 2000**. [Em linha]. Relator: Eduardo Ribeiro. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8192338>. [Consult. em 04-12-2022].

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 1.159.242, de 24 de abril de 2012**. [Em linha]. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. [Consult. em 16-08-2022].

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 1.415.727, de 04 de setembro de 2014**. [Em linha]. Relator: Luís Felipe Salomão. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=38476255&tipo=91&nreg=201>. [Consult. em 13-12-2022].

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Recurso Especial n.º 1.608.005, de 14 de maio de 2019**. [Em linha]. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=95758423&tipo=5&nreg=201601607664&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190521&formato=PDF&salvar=false>. [Consult. em 14-09-2021].

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – **Acórdão com n.º 436/07.6TBVRL.P1S1, de 18 de fevereiro de 2015**. [Em linha]. Relator: Fonseca Ramos. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b9802565f003fa814/b6da6b6989aa04b780257df0004dc1e6?OpenDocument>. [Consult. em 19-06-2019].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **ADI 4277, de 05 de maio de 2011**. [Em linha]. Relator: Ayres Britto. Disponível em

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. [Consult. em 13-10-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **HC 71373-4, de 10 novembro de 1994**. [Em linha]. Relator: Francisco Rezek. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>. [Consult. em 03-12-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **MI 642, de 1º de agosto de 2001**. [Em linha]. Relator: Celso de Mello. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14819735>. [Consult. em 04-12-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **MI 4398, de 19 de agosto de 2015**. [Em linha]. Relator: Luís Fux. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9397022>. [Consult. em 04-12-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário 363.889, de 02 de junho de 2011**. [Em linha]. Relator: Dias Toffoli. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. [Consult. em 20-11-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário n.º 466.343, de 03 de dezembro de 2008**. [Em linha]. Relator: César Peluso. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. [Consult. em 25-10-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário n.º 898.060, de 21 setembro de 2016**. [Em linha]. Relator: Luiz Fux. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. [Consult. em 01-07-2022].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Recurso Extraordinário n.º 670.422, de 11 de setembro de 2014**. [Em linha]. Relator: Dias Toffoli. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7302788>. [Consult. em 13-10-2022].

TEPEDINO, Gustavo – **A disciplina da guarda e a autoridade parental na Ordem Civil-Constitucional**. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/113.pdf>. [Consult. em 19-07-2022].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 11, 12 de janeiro de 2005.** [Em linha]. Relator: Paulo Mota Pinto. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050011.html>. [Consult. em 18-02-2023].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 23, 10 de janeiro de 2006.** [Em linha]. Relator: Paulo Mota Pinto. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html>. [Consult. em 02-12-2022].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 101, de 03 de março de 2009.** [Em linha]. Relator: Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. [Consult. em 22-11-2022].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 75, de 23 fevereiro de 2010.** [Em linha]. Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100075.html>. [Consult. em 28-11-2021].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 166, de 28 de abril de 2010.** [Em linha]. Relatora: Maria Lúcia Amaral. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100166.html>. [Consult. em 01-07-2022].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – **Acórdão com n.º 225, de 24 de maio de 2018.** [Em linha]. Relator: Pedro Machete. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. [Consult. em 18-06-2019].

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – **Acórdão n.º 10.454/83, 7 de julho de 1989.** [Em linha]. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22695368%22\],%22itemid%22:\[%22001-57491%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695368%22],%22itemid%22:[%22001-57491%22]}). [Consult. 17-02-2022].

TRINDADE, Jorge – **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito.** 9.^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2021. ISBN 978-65-86017-06-9.

VARELA, João Antunes – A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e Brasileiro. [Em linha]. [s.d.]. Disponível em [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/15/revista15%20\(6\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/15/revista15%20(6).pdf). [Consult. em 04-11-2022].

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972- 40- 2994-8.

VENOSA, Sílvio de Savio – **Direito Civil: parte geral. Vol I.** 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00972-9.

VIEIRA, Marcelo de Mello – **Direito de crianças e adolescentes à convivência familiar.** São Paulo: D'Plácido, 2020. ISBN 978-6550590840.

VILLELA, João Batista – Desbiologização da paternidade. [Em linha]. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**. Vol. 21 (1979), p. 401-419. ISSN 1984- 1841. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/62>. [Consult. em 04-11-2022].

UNESCO - **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática**. [Em linha]. Brasília: Edições UNESCO, 2000. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. [Consult. 11-06-2022].

US SUPREME COURT – **Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942)**. [Em linha]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>. [Consult. em 18-08-2022].