

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC  
CURSO DE DIREITO**

**BÁRBARA BESPALÉC DA SILVA**

**DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *versus* DIREITO À INTIMIDADE: UMA  
ANÁLISE SOB A TEORIA DA PONDERAÇÃO, DE ROBERT ALEXY**

**CRICIÚMA**

**2017**

**BÁRBARA BESPALÉC DA SILVA**

**DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *versus* DIREITO À INTIMIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA PONDERAÇÃO, DE ROBERT ALEXY**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso superior de Bacharelado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. (a) Rosangela Del Moro

**CRICIÚMA**

**2017**

**BÁRBARA BESPALÉC DA SILVA**

**DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *versus* DIREITO À INTIMIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA PONDERAÇÃO, DE ROBERT ALEXY**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 29 de novembro de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof.<sup>a</sup> Rosângela Del Moro – Esp. - (UNESC) - Orientadora

Prof.<sup>a</sup> Débora Ferrazzo – MSc – (UNESC)

Prof.<sup>a</sup> Mônica Abdel Al – Esp. - (UNESC)

Aos meus pais Jovani e Divânia, a quem devo a realização deste sonho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente aos meus pais, Jovani e Divânia, por todo o amor, apoio e, principalmente, esforço despendido para a concretização deste sonho.

Ao meu irmão Bruno, pelo incentivo e lealdade.

Ao meu noivo Ricardo, pela paciência e imensa compreensão durante esta jornada.

À professora e orientadora Rosângela Del Moro, pela orientação exemplar não somente deste trabalho, mas na vida. És uma grande inspiração.

Às professoras Débora Ferrazo e Mônica Abdel Al, que tenho imensa admiração e aceitaram, gentilmente, participar da banca avaliadora.

Aos meus colegas de faculdade que compartilharam os momentos de estudo e tensão, em especial, Tavânia, Sara, Ana Paula, Géssica, Maria Cláudia e Tuana.

A todos os demais professores da UNESC, por todo conhecimento e experiência compartilhados.

Finalmente, a todos que contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho.

**“Não é na ciência que está a felicidade, mas  
na aquisição da ciência”.**

**Edgar Allan Poe**

## RESUMO

O presente trabalho apresenta material bibliográfico e documental com pesquisa de caráter dedutivo e qualitativa e busca explicar sobre o direito à identidade genética e o direito a intimidade do doador de material genéticos nos casos de inseminação artificial heteróloga. Abordar-se-á a possível prevalência do direito à identidade genética nos casos de fertilização *in vitro* frente a casos específicos em que conhecer a filiação biológica traria benefícios a vida da criança. A regra da ponderação apresentou uma solução para o choque de direitos fundamentais. Analisaram-se os conceitos de bioética, os direitos fundamentais e, finalmente, o direito à identidade genética, direito ao anonimato do doador de material genético e, por fim, a solução do conflito entre ambos os direitos. Com respaldo de um caso hipotético foi feita discussão acerca de uma análise sob a Teoria da Ponderação de Alexy, sendo necessário as premissas da adequação, da necessidade e da ponderação em sentido estrito.

**Palavras-chave:** Reprodução medicamente assistida; Fertilização *in vitro*; Identidade genética; Teoria da Ponderação.

## ABSTRACT

The purpose of this Project is to present bibliographic and documental material for a deductive and qualitative research. The data collected aim to explain the rights to genetic identity and the right to the privacy of the donator of genetic material in the cases of heterologous artificial insemination, a counterbalance. The research will also discuss the reasons for the prevalence of the right to the genetic identity in the cases of In Vitro fertilization contrasting to specific cases where getting to know the biological parents could bring benefits to the child. The rule of ponderation brought up a solution to the clash of fundamental rights. The analysis encompassed the concepts of bioethics, the fundamental rights and, finally, the right to the genetic identity, right to the anonymity of the donator of genetic material and also a solution to the conflict between both rights. On the grounds of a hypothetical case, a discussion was made about the analysis under the Theory of Ponderation, where it's necessary to analyse the assumptions of adequacy, the necessity and the ponderation in its strict sense. By the end of the analysis, it is concluded that, according to the hypothetical case presented, the right to have a genetic identity must prevail.

**Key words:** Ponderation; Rules; Regulations; Alexy; In Vitro fertilization; genetic identity. Medically assisted reproduction techniques.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. DA BIOÉTICA E DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....</b>	<b>12</b>
2.1. DO HISTÓRICO E CONCEITO DE BIOÉTICA .....	12
2.2. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA .....	15
2.2.1. Princípio da Autonomia .....	16
2.2.2. Princípio da Beneficência .....	18
2.2.3. Princípio da Não Maleficência .....	19
2.2.4. Princípio da Justiça .....	20
2.3. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDAS .....	21
2.3.1. Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga .....	23
<b>3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE SUAS POSSÍVEIS COLISÕES .....</b>	<b>26</b>
3.1. DAS DIVERSAS DEFINIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA .....	26
3.2. LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	31
3.2.1 Colisão entre direitos fundamentais idênticos .....	34
3.2.2. Colisão de direitos fundamentais diferentes .....	35
3.3. DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY .....	35
<b>4. DA SOLUÇÃO PARA A COLSIÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPOSTA POR ROBERT ALEXY E DE SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO EM UM CASO HIPOTÉTICO .....</b>	<b>38</b>
4.1. DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	39
4.2. DO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO COMO GARANTIA AO PRINCÍPIO DA INTIMIDADE PREVISTO DA RESOLUÇÃO 2.121/15 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA .....	42
4.3. DA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE DOIS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY .....	45
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>57</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Entre as diversas fontes do direito estão os costumes, as condutas da sociedade que, com o passar dos anos, trazem a necessidade de adequação das normas para melhor atender aos interesses sociais. São esses os papéis fundamentais do Direito. Com a evolução da medicina e dos procedimentos de reprodução medicamente assistida, surgem diversos conflitos ético-jurídicos que necessitam de resolução. Faz-se necessário uma análise acerca da consequência dessas evoluções no âmbito jurídico, haja vista que o direito envolve pessoas, titulares de direitos personalíssimos e fundamentais.

Portanto, o objetivo principal é pesquisar sobre a teoria da ponderação de direitos fundamentais, de Robert Alexy, e aplicá-la diante de um caso hipotético, em que haja conflito entre o direito a identidade genética e o direito à intimidade do doador de material genético.

Para isso, analisar-se-á, primeiramente, o conceito de bioética, seu surgimento e evolução histórica, bem como seus princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, abarcando também as definições de reprodução assistida.

No segundo capítulo estudar-se-á os direitos fundamentais, sua conceituação, contexto histórico, suas dimensões e a teoria de Alexy.

O terceiro capítulo primeiramente verificará a identidade genética como um novo direito fundamental, inerente aos direitos da personalidade, bem como o direito a intimidade previsto pelo Conselho Federal de Medicina em sua Resolução 2.121/15. Finalmente, à luz da teoria supracitada, se realizará a análise da colisão dos direitos fundamentais acima mencionados, em um caso hipotético, onde ao final será feita uma sugestão de solução entre o conflito.

O caso hipotético a ser analisado no terceiro capítulo, consiste na análise da colisão entre o direito à identidade genética, cujo titular é uma criança, fruto de inseminação artificial heteróloga, portadora de leucemia, e o direito a intimidade e

privacidade, cujo titular é o doador de material genético da criança, portanto, seu pai biológico.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. No terceiro capítulo será feita uma análise do conflito entre direitos fundamentais ainda com embasamento em Alexy, utilizando-se de um caso hipotético.

## 2. DA BIOÉTICA E DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Neste capítulo, inicialmente, se analisará o histórico e conceito de bioética, na sequência seus princípios e especificidades. Após se detalhará as técnicas de reprodução medicamente assistidas.

### 2.1. DO HISTÓRICO E CONCEITO DE BIOÉTICA

Para a melhor compreensão do papel da bioética para solucionar os grandes conflitos decorrentes dos avanços da medicina e da engenharia genética, cabe primeiramente fazer-se uma análise de seu surgimento.

O termo bioética, como escreve Maluf (2010, p. 7) foi inicialmente criado pelo biomédico norte americano Van Rensselaer Potter em 1970 pois acreditava que a bioética tinha como principal função constituir uma nova disciplina que harmonizasse o conhecimento biológico com o conhecimento do sistema dos valores humanos. Portanto, na concepção de Potter, a bioética surge com a preocupação com as consequências do avanço desenfreado da medicina para a humanidade, um paradoxo decorrente da dúvida sobre a capacidade de sobrevivência da humanidade por efeito do progresso científico. (SGRECCIA, 2009, p. 26).

Ainda, o obstetra holandês André Hellegers, da Universidade de Georgetown, seis meses após a publicação da obra de Potter, também escreveu sobre o tema, conceituando a bioética como a ciência capaz de aprender valores através do diálogo e o confronto entre a medicina, a filosofia e a ética. Tal posicionamento foi acolhido posteriormente por diversos outros estudiosos do tema, de modo a ofuscar a bioética potteriana e entende-la, então, como uma disciplina específica capaz de sintetizar os pensamentos médicos e éticos. (SGRECCIA, 2009, p. 27).

Embora o termo bioética somente tenha sido formalmente criado na década de 70, antes desse período já existiam questões vinculadas à bioética. Um exemplo foi a Segunda Guerra Mundial, onde as atrocidades cometidas culminaram, em agosto de 1947, na criação do Código de Nuremberg. Criado por uma corte de

juízes americanos, quando do julgamento dos crimes cometidos pelos médicos nazistas, o código consistia em um conjunto de princípios éticos que regulamentariam a pesquisa em seres humanos. (HRYNIEWICZ; SAWEN, 2008, p. 23). Posterior a isso, em 1964, a Associação Médica Mundial criou a Declaração de Helsinque, com um novo conjunto de princípios éticos que regulamentava a pesquisa em seres humanos. (OLIVEIRA; ANJOS FILHO, 2002, p. 1202).

Leciona Heck (2011, p. 12) acerca do significado de bioética:

A bioética lida com evidências factuais cujo objeto é um próximo existente e/ou próximos ausentes. A disciplina trata de temas específicos – como nascer/não nascer (aborto), morrer/não morrer (eutanásia), saúde/doença (ética biomédica), bem-estar/mal-estar (ética biopsicológica), e ocupa-se de novos campos de atuação do conhecimento, como clonagem (ética genética), irresponsabilidade perante os pósteros (ética de gerações), depredação da natureza extra-humana circundante, agressões ao equilíbrio sistêmico das espécies (eco ética) e assim por diante [...]. Todo e qualquer exercício das relações profissionais de médicos, enfermeiros, dentistas, psicólogos, nutricionistas, biólogos, fisioterapeutas e demais técnicos especializados em saúde e doença, bem como os usuários de novas técnicas biomédicas e farmacológicas, tornam-se destinatários do discurso bioético e assumem também a condição de pacientes, devendo, portanto, respostas à bioética.

Ainda, Piñero (2006, p. 19) esclarece que a história da bioética pode ser compreendida em três fases. A primeira fase vai de 1960 a 1977, período em que os primeiros cientistas estudiosos do tema começaram o debate acerca da preocupação com os avanços da medicina. Nesse período formaram-se, também, os primeiros comitês de bioética no mundo.

O segundo período transcorre entre 1978 e 1997, onde se publicou o Relatório Belmont, provocando grande impacto na bioética clínica. Foi nesse contexto que aconteceu a primeira fertilização *in vitro*.

O terceiro período iniciou em 1998 e vem até os dias atuais, e se caracteriza pela descoberta do genoma humano, clonagem e debates envolvendo a falência dos sistemas de saúde pública nos países em desenvolvimento. (MALUF, 2010, p. 10)

Desta forma, a bioética tornou-se conhecida e se difundiu por tratar de temas polêmicos que permeiam a vida como o aborto, a eutanásia, a distanásia, os transplantes, a clonagem, a reprodução assistida, a cirurgia de redesignação sexual, a manipulação genética. (MALUF, 2010, p. 10)

Heck (2011, p. 14) explica que as raízes da bioética se encontram historicamente ligadas ao progresso das ciências biomédicas. O uso generalizado de antibióticos e de técnicas artificiais de respiração, popularizados nas décadas de 1950 e 1960 abrem as perspectivas para o prolongamento da vida humana. Os avanços continuaram e, diante desse panorama, as associações médicas enfrentaram problemas para reagir satisfatoriamente aos novos desafios. À época, a arte médica se satisfazia, quando muito, com diretivas minimalistas do tipo *primum non nocere* (pelo menos não lesar) e *salus aegroti suprema lex* (o bem-estar do paciente em primeiro lugar).

Aos poucos tornou-se claro que os problemas enfrentados não se limitavam à esfera da medicina, na medida em que incidiam sobre múltiplas áreas do conhecimento. O nascimento da bioética coincide, assim, com a crise da ética médica tradicional, restrita à normatização do exercício profissional da medicina e despreparada para responder às profundas mudanças no contexto das ciências biológicas (HECK, 2011, p. 14).

A respeito da bioética, Hryniewickz e Sawen (2008, p. 11) escrevem que:

A bioética discute temas antigos e novos que tenham alguma relação com a vida humana. Entre eles figuram a reprodução humana, a engenharia genética, a contracepção, os transplantes, as cirurgias intrauterinas, a eutanásia, o transplante de órgãos [...], além de outros, como a relação médico-paciente, a regulamentação sobre as pesquisas com seres humanos. Até onde poderemos ir? Esta clássica pergunta parece sempre válida na esfera da bioética, pois, neste campo, aborda-se constantemente a questão dos limites: o limite entre o começo e o fim da vida; o limite entre a coisificação ou não da pessoa; o limite entre o eugenismo e a manipulação ética do gene; o limite entre a morte natural e o morrer artificial etc. São questões que se colocam como o fio condutor da bioética – uma modalidade de saber metodologicamente nova que questiona sobre o “modo correto”, sobre o “hoje” e sobre o “amanhã”.

No Brasil, a bioética médica surgiu fortemente vinculada à ética com pesquisa em seres humanos e foi introduzida no Código de Ética Médica de 1953, em conformidade com a essência do Código de Nuremberg, e de também no código de 1984, atualizado com as exigências da Declaração de Hensinque.

O controle das pesquisas em seres humanos no Brasil toma novo impulso em 1985 com a publicação da tradução das Propostas de Diretrizes Éticas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), órgão ligado ao Ministério da Saúde. Esse documento foi elaborado originalmente

em 1982 pelo Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas, órgão ligado à Organização Mundial da Saúde (OMS) (RAMOS, 2009, p. 24).

Depois de já difundido o conceito de bioética, criou-se a distinção entre a macro bioética e micro bioética. Tem-se por macro bioética aquela que envolve fatores relevantes para a sociedade em geral, que implicam em uma real eficácia para o bem comum. Já a micro bioética envolve questões de liberdade individual, trabalhando, especificamente, conflitos decorrentes da evolução da pesquisa científica e os limites da dignidade da pessoa humana (MALUF, 2010, p. 10).

Atualmente, encontramos na bioética, além do principia lismo, outros paradigmas, tais como: o naturalismo – que reconhece, a partir do direito natural, a existência de alguns bens fundamentais, como a vida, a religiosidade, a racionalidade; o contratualismo – que defende uma relação entre médico, paciente e sociedade a partir de um contrato de ordem jurídica; e o personalismo – que partindo de uma visão antropológica, objetiva defender a dignidade humana com base em suas características essenciais. (MALUF, 2010, p. 12).

Outro ponto imprescindível para a compreensão da bioética é o estudo de seus princípios, em destaque no presente trabalho: princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência e princípio da justiça.

## 2.2. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Primeiramente, importante fazer uma breve conceituação de princípio e, conforme Borges (2010, p. 249), o termo princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo dar a ideia de início, origem, ponto de partida, ou ainda, a ideia de verdade primeira que serve de fundamento, de base para algo.

A divisão da bioética em princípios (modelo principialista) foi criado por Beauchamp e Childress. Tal divisão foi motivada por dois documentos: primeiramente o Relatório Belmont, promulgado em 1978, que procurou estabelecer os princípios éticos com o fim de nortear a ética em pesquisa nos Estados Unidos. O segundo documento foi a obra *Princípios da Ética Biomédica*, dos mesmos autores. (RAMOS, 2009, p. 28).

Os três princípios identificados pelo Relatório Belmont foram: respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça. Ramos (2009, p. 30) ressalta que, no Brasil, a bioética possui grande influência do modelo principialista, já que uma das portas de entrada da disciplina em nosso país foi a ética em experimentação com seres humanos. Também no Brasil a Sociedade Brasileira de Bioética, fundada em 1995, desenvolveu um documento nacional – Resolução 196/96 - com o objetivo de nortear a pesquisa envolvendo seres humanos, o qual é baseado nos princípios antes mencionados.

Acerca do principialismo na bioética, Krell explana que:

O que se propõe como solução propícia para se encarar o principialismo como uma corrente doutrinário-filosófica de caráter coerente no estudo bioético, é que sejam observadas, de maneira harmônica, a autonomia do indivíduo, a garantia de que a solidariedade seja preservada e de que a justiça seja promovida. Piñero questiona se é possível alguém elevar à categoria de diretriz básica um determinado valor para, assim, sacralizá-lo e lembra que, na verdade, cada comunidade deveria possuir uma bioética própria para as suas crenças e ideologias. (2006, p. 46).

Maluf (2010, p. 16) também aponta que para além dos que princípios bioéticos, considerados como simples máximas de atuação prudente, fala-se muito na realidade americana em procedimentos que envolvem os casos e as decisões. Segundo a autora, existe nos Estados Unidos a utilização de um pragmatismo que ungiu os avanços da ciência aos problemas da ética. Uma vez estudado o caso, elabora-se um plano de ação, baseado na prévia formulação de opções em que são cuidadosamente pesadas suas consequências.

Assim, cabe uma análise dos princípios da bioética.

### 2.2.1. Princípio da Autonomia

O princípio da autonomia é o respeito à vontade do paciente ou de seus representantes, considerando, entre outros fatores, os morais e religiosos. É o princípio que reconhece o domínio do paciente sobre o próprio corpo, respeitando a sua intimidade, limitando a intromissão alheia nas decisões daquele que está sendo submetido a um tratamento (MALUF, 2010, p. 11).

Sobre o tema, Almeida apresenta:

O princípio da autonomia diz respeito à liberdade individual, ou seja, considera-se que a própria pessoa sabe o que é melhor pra si, mas a 34 decisão deve ser tomada com plena consciência. Deve haver uma troca de informações entre profissionais e o paciente, de modo que o primeiro tem que colocar à disposição do segundo todas as informações possíveis e tratamentos disponíveis, devendo também responder a toda e qualquer dúvida que porventura possa surgir para o paciente. (2000, p. 6)

Ainda a respeito do princípio da autonomia, Sá e Naves (2009, p. 34) explicam que o princípio da autonomia “pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade de se autogovernar. Assim, de modo livre e sem influências externas, preceitua-se o respeito pela capacidade de decisão e ação do ser humano”.

Na visão de Brauner (2003, p. 159), o paciente e o médico devem compartilhar as decisões, e o paciente, quando no pleno gozo de seus direitos, deve buscar o que é melhor para si e buscar a concordância do médico.

Esse princípio gera uma grande transformação na relação médico-paciente, haja vista que, em decorrência deste princípio perde-se uma parte da autoridade do médico em relação ao paciente, considerando a vontade do paciente como objeto principal para o tratamento. (SÁ, 2009, p. 34).

Também sobre o princípio da autonomia, lecionam Hryniewickz e Sawen:

O Princípio da Autonomia está embasado no famoso princípio liberal de que o homem é proprietário de seu corpo e de sua mente. Dizia Stuart Mill a este respeito: “sobre si mesmo, seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”. Kant, por sua vez, conceituava a autonomia como a capacidade de a vontade determinar-se a si mesma, sem se deixar dominar pelas vontades alheias (heteronomia). Segundo as leituras atuais do conceito de autonomia, nela estão envolvidos aspectos que não decorrem exclusivamente dos moventes internos da ação. Ser autônomo significa, também, não ser limitado por elementos externos como a pobreza, as doenças físicas ou mentais, não sofrer coação física, moral ou política etc. De qualquer modo, segundo este princípio, o paciente envolvido do caso deve dar, sempre que possível, a sua anuência. (2008, p. 19).

De acordo com Ramos (2009, p. 29), o respeito pelas pessoas significa que elas devem ser tratadas com autonomia. Além disso, aquelas pessoas com autonomia reduzida precisam ser protegidas.

Assim, o princípio da autonomia parte da premissa que, sempre que possível, o médico deve agir de acordo com a vontade do paciente. Vontade esta

que não pode sofrer nenhum tipo de coação ou influência externa. Qualquer tipo de coação é considerada uma agressão à inviolabilidade da intimidade da pessoa.

### 2.2.2. Princípio da Beneficência

A palavra beneficência vem do latim *bonum facere*, literalmente “fazer o bem”. Sá (2009, p. 33) conceitua o princípio da beneficência como o dever dos profissionais de absterem-se de procedimentos duvidosos, que em pouco ou nada trazem benefícios aos pacientes. O princípio exige, também, que os biólogos ou médicos veterinários não utilizem animais em pesquisas meramente especulativas ou exploratórias, que não apresentem um fim de fato vantajoso para o animal ou para a espécie do animal envolvido.

O princípio da beneficência assegura que devemos, sempre, buscar o bem do outro. Para Hryniewickz e Sawen (2008, p. 18) tal princípio estabelece uma obrigação moral, que é de sempre atuar de forma a buscar o bem do próximo. Entretanto, afirmam que a beneficência não pode ser confundida com a benevolência, que é a virtude que dispõe a agir em prol do outro. Na bioética, este princípio funciona de forma a impor aos médicos e demais profissionais da saúde que ajam sempre no real interesse do paciente, evitando o paternalismo que, normalmente, leva à realização do interesse de quem age movido por ele.

A respeito do princípio da beneficência, Maluf entende que

Refere-se ao atendimento dos médicos e dos demais profissionais da área da saúde, em relação aos mais relevantes interesses do paciente, visando seu bem-estar, evitando-lhe quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional de saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça. No que concerne às moléstias, deverá ele criar práxis médica o hábito de auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar o mal do paciente. Nesse sentido vemos que no caso de manifestação de circunstâncias conflitantes, deve-se procurar a maior proporção possível de bem em relação ao mal para o paciente, sendo, na ótica de Belchamp e Childress, a beneficência uma ação feita em benefício alheio que obedece ao dever moral de agir em benefício dos outros. (2010, p.11).

O princípio da beneficência na visão de Engelhardt Junior (2004, p. 159-160) sustenta-se de moralidade, assistência social e solidariedade. Para o autor, tal princípio reflete a circunstância de que as preocupações morais compreendem procurar o bem e evitar os prejuízos.

Almeida também trata deste princípio quando:

Ele aborda a questão da avaliação do risco/benefício na utilização de determinado procedimento médico, em cada caso particular. O médico deve sempre fazer uma avaliação do procedimento a ser utilizado pelo paciente, para que este não sofra desnecessariamente sem obter resultados, ou seja, na sua avaliação os benefícios têm que superar os riscos, assim como os sofrimentos, para valerem a pena. O médico deve informar o paciente acerca dos riscos e benefícios, além de dar a sua opinião sobre o caso, mas a decisão final caberá ao paciente, principal interessado. (2000, p. 7)

Ainda sobre o princípio da beneficência, Ramos (2009, p. 29) aduz que “o princípio da beneficência consiste na obrigação de não causar dano, maximizar os benefícios e, ao mesmo tempo, minimizar os riscos”. No princípio da beneficência, o principal objetivo é não causar danos aos pacientes, maximizando os benefícios e minimizando os possíveis riscos. Por isso, os profissionais da saúde não devem medir esforços para beneficiar o ser pesquisado.

Por fim, conceitua Brauner (2003, p. 159), o princípio da beneficência implica em fazer o bem, considerado o critério mais antigo da ética médica, enunciado no princípio hipocrático da medicina, em que o compromisso do médico é fazer o bem ao paciente, restabelecendo a sua saúde.

Conclui-se, portanto, que o princípio da beneficência parte da premissa básica de que a atuação dos profissionais da saúde deve, acima de tudo, buscar fazer o bem ao paciente.

### 2.2.3. Princípio da Não Maleficência

Entre todos os princípios da bioética, o princípio da não maleficência é o mais controverso. Nesse sentido, Sá e Naves acreditam não ser este um princípio específico, mas sim um desdobramento do princípio da beneficência. Um exemplo deste pensamento se extrai no trecho a seguir:

Preferimos dar à beneficência o caráter mais genérico de ação e omissão favoráveis, ou seja, de se fazer o bem e de não se fazer o mal. Vários autores, no entanto, diferem tais aspectos, colocando o aspecto comissivo no princípio da beneficência e o aspecto omissivo no princípio da não maleficência, como decorrência do primeiro. (SÁ; NAVES, 2009, p. 34).

Entretanto, Hryniewickz e Sawen (2008, p.18) entendem ser o princípio da maleficência um princípio autônomo, o conceituando como a adequação do clássico princípio da medicina: “em primeiro lugar, não prejudicar”. Segundo este princípio, é obrigação moral dos profissionais da saúde evitar qualquer espécie de dano intencional ao paciente.

Para Maluf, o princípio da não maleficência consiste na “obrigação de não acarretar dano intencional e deriva da máxima da ética médica: *primum non nocere*”. (2010, p. 11).

Já Almeida (2000, p. 8) conceitua o princípio como uma garantia de que danos previsíveis serão evitados.

O princípio da não maleficência, por sua vez, atua em harmonia com o princípio da beneficência, pois garante que as atitudes dos profissionais da saúde para com os pacientes, não podem, de forma alguma, causar dano intencional à sua saúde ou qualidade de vida.

#### 2.2.4. Princípio da Justiça

Por fim, o princípio da justiça pressupõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, pelos profissionais da área da saúde, procurando evitar discriminação. (MALUF, 2010, p. 11).

Sá e Naves aduzem acerca do princípio da justiça:

O princípio da justiça refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o mínimo custo. Nesse “mínimo custo”, devem ser abrangidos não apenas os aspectos financeiros, que quando bem equacionados permitem a igualdade de acesso aos serviços da saúde, mas também os custos sociais, emocionais e físicos. Ou seja, justa é a intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica. (SÁ; NAVES, 2009, p. 35).

No mesmo sentido, Ramos (2009, p. 29) orienta que o princípio da justiça diz respeito à “imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios”, ou “os iguais

devem ser tratados igualmente”. Entretanto, é preciso saber quem são os iguais, pois entre as pessoas existem diferenças de todo o tipo e muitas delas devem ser respeitadas em virtude do princípio da justiça.

#### A respeito do princípio da justiça, para Engelhardt Júnior

A maior parte dos recursos ao princípio da justiça pode ser entendida como, na raiz, uma preocupação com a beneficência. Os princípios de justiça que dão apoio à distribuição de bens conforme uma visão moral particular são exemplos especiais da tentativa de fazer o bem. Em Institutes, Justiniano caracterizou a justiça como “o constante e permanente desejo de dar a cada um o que lhe é devido”. Naturalmente, o problema reside em saber o que é devido a quem, e por quê. (2004, p. 156).

No entendimento de Brauner (2003, p. 159), o princípio da justiça garante a todos a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios da ciência, oferecida amplamente pelos serviços de saúde.

Por fim, Almeida (2000, p. 8) esclarece que o princípio da justiça aborda a relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio humanitária.

Assim, conclui-se que o princípio da justiça diz respeito ao dever de toda intervenção médica deve maximizar os benefícios com o mínimo de custo, para sim permitir um maior acesso à justiça.

### 2.3. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDAS

Importante, para compreender o conflito entre direitos fundamentais a ser tratado em capítulo próprio, entender sobre o conceito e as diversas técnicas de reprodução medicamente assistidas e os debates ocasionados na esfera dos direitos da personalidade.

No entendimento de Haab (2016, p. 28) a reprodução medicamente assistida pode ser definida como um conjunto de técnicas de tratamento médico que visam à fecundação. Essas técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica, envolvendo a intervenção de terceiros, que será o médico necessariamente ou, ainda, de acordo com a técnica empregada, o doador de

material genético ou a doadora temporária de útero. As técnicas de reprodução assistidas por um médico também podem ser conceituadas como técnicas suplementares ou complementares à relação sexual, como forma tradicional de geração de novas pessoas, que virão a constituir a família nas sociedades em que o recurso a essas técnicas é possível.

Para Maluf (2010, p. 153) a reprodução humana assistida nada mais é do que a “intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.”

Após nove anos de registros de tentativas sem sucesso, o primeiro bebê de proveta nasceu em 1978, na Inglaterra. Já em 1984, foi publicado o primeiro documento ético a respeito de reprodução medicamente assistida, fruto de um ciclo de debates entre médicos, biólogos, psicólogos e filósofos que compunham uma comissão convocada pelo parlamento inglês, e presidida por Mary Warnok. (CORREA; LOYOLA, 2015, p. 754).

A respeito do tema, Alves e Oliveira discorrem:

Por intermédio dessas técnicas, inúmeras situações de infertilidade conjugal foram resolvidas; no entanto, geraram-se seres humanos cuja origem biológica é diferente daquela que durante milênios marcou a história do humano, estabelecendo-se, assim, uma dissociação entre o afetivo e o biológico, uma rotura entre o ato sexual e a reprodução (2014, p. 67).

Conforme Almeida Junior (2013, p. 280), o desenvolvimento das ciências biotecnológicas e biomédicas a partir da segunda metade do século passado, rompeu com a exclusividade do ato sexual como forma de concretização do projeto parental, permitindo novas formas de reprodução em laboratório. Inicialmente, as tecnologias reprodutivas artificiais eram direcionadas aos casais heterossexuais com problemas de infertilidade e que se encontravam em idade reprodutiva. Com o transcurso do tempo, outros grupos sociais se beneficiaram destas técnicas, a exemplo dos homossexuais e, mais recentemente, de casais com idade mais avançada, o que é possível através da doação de gametas e da gestação de substituição.

Sobre as técnicas de reprodução medicamente assistidas:

As técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas com a finalidade de vencer os obstáculos que impediam o encontro entre espermatozoides e

óvulos de casais estéreis. Dependendo onde ocorre a fecundação, as técnicas empregadas na reprodução assistida podem ser classificadas como intracorpóreas, se a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, ou extracorpóreas, que corresponde à técnica onde a fecundação ocorre fora do corpo humano, em um tubo de ensaio, sendo posteriormente o embrião transferido para o útero materno. Em relação à origem dos gametas envolvidos, as técnicas de reprodução assistida podem ser homólogas, quando se utiliza gametas do próprio casal; e heterólogas, quando os gametas utilizados, um ou ambos, são de doadores. (HAAB, 2016, p. 28).

Tais técnicas devem ser divididas em dois grandes grupos. A saber: o primeiro, seriam as técnicas de fertilização intracorpórea ou *in vivo*, e o segundo, técnicas de fertilização extracorpórea ou *in vitro*.

A fertilização "*in vivo*" acontece dentro do corpo da mulher. É chamada de gravidez natural. Também ocorrendo quando a fertilização artificial intrauterina torna o processo de concepção acelerado. (SILVA, 2002, p. 53).

Já a fertilização *in vitro*, conforme conceituam Sá e Naves (2009, p. 111) se trata do método que promove, em laboratório, o encontro entre os espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores, e ocorrida a fertilização, procede-se a transferência do embrião para o útero. Essa técnica é utilizada de forma secundária, uma vez esgotadas todas as possibilidades com relação ao uso das demais.

Em suma, na fertilização *in vitro*, o óvulo feminino é fecundado fora do corpo da mulher e depois de fecundado é implantado em seu útero. Já na inseminação, os espermatozoides são introduzidos no interior do útero da mulher, a fim de fecundarem o óvulo, não sendo necessária a retirada de óvulos do seu corpo. A inseminação é, portanto, um processo semelhante à fertilização natural. (CARVALHO, 2014, p. 131).

Considerando a origem dos gametas, existem dois tipos de inseminação medicamente assistidas: homóloga e heteróloga. Como tais técnicas serão o objeto da ideia final do presente trabalho, indispensável se faz distingui-las.

### 2.3.1. Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga

A inseminação artificial homóloga consiste na reprodução medicamente assistida a qual se utiliza dos gametas feminino e masculino do próprio casal. Nesse caso, não há a intervenção de um terceiro doador. (KRELL, 2006, p. 158).

Na visão de Tepedino (2008, p. 390) a inseminação artificial homóloga ocorre normalmente mediante a introdução do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher ou por meio de inseminação *in vitro*, nesse caso a fecundação irá ocorrer fora do corpo da mulher e posteriormente o embrião será implantado no útero feminino.

Tais hipóteses estão contempladas no artigo 1.597 do CC, onde se acompanhou a verdade biológica para determinar a filiação.

Art. 1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
III- Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.  
IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. (BRASIL, 2017-A)

De acordo com Krell (2006, p. 159), na fecundação homóloga não há dúvidas de que o vínculo jurídico de maternidade-paternidade e filiação é o sanguíneo, independente da falta de relação sexual. É a paternidade presumida em pessoas casadas por força do artigo 1.597 do Código Civil.

Dessa forma, a inseminação artificial homóloga não traz grandes conflitos ou controvérsias ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à filiação, haja vista que, nesses casos, os pais sempre assumirão a função sócio afetiva, por serem os doadores de material genético.

Já a modalidade heteróloga de reprodução medicamente assistida traz diversas discussões éticas e jurídicas. Na reprodução assistida heteróloga, os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e maternidade-filiação são distintos da homóloga, até porque, aqui, apenas um dos cônjuges/companheiros contribui com seu material fecundante, ou até mesmo, o material genético pode advir totalmente de terceiros. Por fim, a inseminação heteróloga também ocorre quando uma pessoa decide gerar individualmente um filho. (KRELL, 2006, p.159)

Discorre Carvalho (2014, p. 131):

Não somente fundamentar as questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga e das técnicas de reprodução assistida com o princípio da dignidade da pessoa humana. Primordial ela se torna, porém, os outros

princípios basilares também podem e devem ser usados na defesa dos direitos daqueles que recorrem à tecnologia e à ciência.

A respeito do tema, Maluf (2010, p. 161) também alerta as consequências das diversas técnicas de reprodução medicamente assistidas:

Podemos assim concluir que intensas são as repercussões bioéticas em matéria de família que advêm da reprodução artificial. Quanto às modalidades, a inseminação artificial homóloga, se num primeiro momento não acarreta maiores conflitos, em outro, pode acarretá-los se realizada post mortem, como prevê, entre tantas outras, a nossa legislação pátria. No que tange à inseminação artificial heteróloga, que se apresenta basicamente em quatro formas, com material genético de um doador, sob a forma de cessão temporária de um útero, acessível à mulher sozinha, acessível nos estados intersexuais, o conflito é emergente, pois pode acarretar a interferência de um estranho na vida do casal, o desconhecimento da origem genética, uma segregação social, a coisificação das pessoas, a contratualização da família, ferindo-a em sua dignidade.

Diante disso, importante entender e distinguir as diversas formas de reprodução medicamente assistida, pois estas têm importante papel no debate que será realizado no último capítulo do presente trabalho, considerando, de um lado, o direito à identidade genética da criança fruto de inseminação artificial heteróloga, e de outro, o direito ao anonimato do doador de material genético, previsto na resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina.

### **3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE SUAS POSSÍVEIS COLISÕES**

Em um primeiro momento, definir-se-ão os direitos fundamentais, sua construção histórica, principais características e dimensões, bem como as teorias acerca da restrição e limitações desses direitos.

Posteriormente, serão aludidas as diversas formas desenvolvidas por estudiosos de como lidar com a colisão entre direitos fundamentais que será utilizada ao final deste trabalho como forma de solução do caso hipotético apresentado.

#### **3.1. DAS DIVERSAS DEFINIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA**

Cabe fazer uma análise do contexto histórico na formação dos direitos fundamentais. Para Ferrajoli (apud ARAGÃO, 2011, p. 262), tais direitos são essenciais para a compreensão do Estado de Direito e da própria Democracia. Eles foram criados para preservar elementos intrínsecos à dignidade da pessoa humana e do bem-estar social, motivo pelo qual, estão em constantes evoluções, paralelas às mudanças sociais.

Correntes como o Jusnaturalismo clássico contribuíram fortemente para o reconhecimento destes direitos, pois, influenciada por preceitos morais e religiosos, entendia serem as pessoas dotadas de direitos imutáveis e inalienáveis que limitavam o poder estatal (SARLET, 2012, p. 38-39). A partir do século XVII,

portanto, iniciou-se um processo de laicização do direito natural<sup>1</sup>, ou seja, a desvinculação dos direitos fundamentais de preceitos morais e religiosos. Iniciaram-se os pensamentos sobre a universalidade dos direitos fundamentais, o que posteriormente culminou na Declaração de Direitos da Virgínia e na dos Direitos do Homem, em 1789, na França (ARAGÃO, 2011, p. 261).

Tais evoluções culminaram em um debate constante sobre a conceituação dos direitos fundamentais que não é pacífica na doutrina, haja vista existirem diversas definições sobre o tema. Portanto, indispensável se faz estabelecer os conceitos de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são construções normativas constitucionais que tem como base diversos princípios. A exemplo, a dignidade da pessoa humana. Entretanto, ao analisar as obras que versam sobre o tema, percebe-se que não há unanimidade em sua conceituação.

No entendimento de Dimoulis e Martins:

Direitos fundamentais são direito público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (2010, p. 46).

O conceito de direitos fundamentais é comumente confundido com o conceito de direitos humanos. Sarlet esclarece a distinção entre os dois termos:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”), comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (2010, p. 29).

---

<sup>1</sup> No entendimento de Sarlet (2012, p. 38-39) a doutrina estoica greco-romana e do cristianismo desenvolveram as teses da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade, início da formação conceitual de direitos fundamentais. O processo de laicização do direito natural ocorreu com a chegada do Jusnaturalismo, iniciou-se um processo de desvinculação (laicização) do direito natural dos preceitos religiosos.

Portanto, tem-se como direitos fundamentais todos aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana, indispensáveis ao ser humano para exercer tudo o que lhe é garantido na Constituição Federal. Nesse sentido, conceitua Araújo:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (2005, p.109).

Portanto, para Alexy (2008, p. 65-67), os direitos fundamentais como subjetivos, universalmente garantidos a todos os seres humanos; sendo o direito subjetivo uma expectativa positiva ou negativa, relacionada a um sujeito por determinada norma jurídica, inserido no ordenamento positivo constitucional.

Os direitos fundamentais são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social. A doutrina<sup>2</sup> também faz a divisão entre direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão. O presente trabalho versa sobre os direitos inerente à dignidade da pessoa humana, portanto direitos fundamentais de primeira dimensão, como explana Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direito de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (2012, p. 46-47).

No âmbito nacional, os direitos fundamentais estão elencados principalmente no artigo 5º da Constituição Federal e dizem respeito à vida, liberdade, intimidade, propriedade, e demais garantias. Ocorre que, além dos

---

<sup>2</sup> Sarlet (2012, p. 45), esclarece que, desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que se refere ao seu conteúdo como à sua titularidade, e, por isso, há que se falar na existência de dimensões dos direitos fundamentais, ou seja, sua evolução e transformação ao longo dos anos.

direitos expressamente previstos na Constituição Federal, há que se considerar que os direitos fundamentais são uma classe variável, haja vista que se modificaram ao longo dos anos e continuam se modificando com a mudança das condições históricas (BOBBIO, 2004, p. 18).

Na visão de Silva, entre as principais características dos direitos fundamentais estão a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade:

[...] historicidade significa que os direitos fundamentais são históricos como qualquer direito, pois nascem, se modificam e desaparecem com a evolução de cada sociedade em que está inserido. A inalienabilidade assegura que os direitos fundamentais são inegociáveis e intransferíveis, por não serem de conteúdo econômico-patrimonial. Por serem também imprescritíveis, nunca deixam de ser exigíveis. Por fim, a irrenunciabilidade define que não se renunciam direitos fundamentais. Além disso, há a divisão entre direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira dimensão, sendo que alguns estudiosos defendem a existência de uma quarta dimensão, dos direitos fundamentais (2014, p. 183).

São direitos fundamentais de primeira dimensão aqueles diretamente ligados à liberdade individual de cada indivíduo, exigindo, portanto, uma não intervenção do Estado para o exercício desses direitos, com o principal objetivo de diminuir as desigualdades sociais (SARLET, 2010, p. 45).

Sob essa ótica, o Estado funciona apenas como guardião das liberdades, não devendo interferir no relacionamento social. Assim, entende-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão são as chamadas “liberdades públicas negativas”, pois exigem do Estado uma abstenção. Os principais direitos no rol da primeira dimensão são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão advêm do avanço do liberalismo político e econômico do século XX, impulsionados pela Revolução Industrial europeia, pois são aqueles que exigem do Estado uma conduta que possa garantir ao indivíduo as condições mínimas de vida como saúde, educação, lazer e cultura. O que diferencia esta dimensão da primeira é que, nesse caso, é exigido do Estado uma atuação positiva no sentido de assegurar os direitos fundamentais aos seus cidadãos, e não uma não intervenção, que é o caso da primeira dimensão. Nas palavras de Bonavides:

Os direitos da segunda geração<sup>3</sup> merecem um exame mais amplo. Dominam o Século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (2003, p. 564).

Ainda a respeito da segunda dimensão dos direitos fundamentais, Sarlet (2012, p. 47), esclarece que a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim propiciar um direito de participar do bem-estar social.

Os direitos fundamentais, definidos como de terceira dimensão, são aqueles que não se destinam a proteger um indivíduo isolado, mas, sim, a coletividade, o bem-estar social. São os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, objetivando o progresso, a paz, a autodeterminação dos povos, a qualidade de vida e a preservação do meio ambiente. Em suma, são os direitos coletivos em sentido amplo (MORAES, 2006, p. 60).

Por fim, têm-se os direitos fundamentais de quarta dimensão, sendo que sua existência é ainda discutida, mas conceitua-se como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Nas palavras de Bonavides:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (2005, p. 571).

No mesmo contexto, Bonavides (2008, p. 82-93) defende ainda a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, que corresponderia ao direito a paz. Entretanto, a quarta e quinta dimensões dos direitos fundamentais

---

<sup>3</sup> Sarlet (2012, p. 45) esclarece que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal modo que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.

ainda não estão consolidadas no plano internacional e pela ordem constitucional interna.

Apresentadas as diversas dimensões dos direitos fundamentais, cumpre frisar que o presente trabalho estudará o conflito entre direitos fundamentais de primeira dimensão, haja vista serem os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, como a vida, intimidade e liberdade.

### **3.2. LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Na concepção de Dmoulis e Martins (2010, p. 122) os direitos fundamentais tornam-se relevantes quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. Para os autores, o estudo a respeito da eficácia dos direitos fundamentais adquire relevância a partir do momento em que se formula e responde à seguinte pergunta: sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita?

Esse questionamento ocorre devido aos direitos fundamentais não serem absolutos, sendo passíveis de flexibilização quando da colisão com outro direito de mesma importância. É o que constata Lopes:

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrições recíprocas. Conclui-se que os direitos fundamentais são disciplinados por normas do tipo principiológicos, pois possuem características próprias de princípios, sendo a principal delas a sua relatividade (2012, p. 12).

Entre as diversas formas de restrição dos direitos fundamentais, existem as diretamente constitucionais, que são aquelas em que, no próprio texto constitucional, já se inserem os limites de eficácia do direito. São os considerados limites imanentes da Constituição. É o caso, por ilustração, da inviolabilidade do domicílio, que pode ser relativizada quando diante de situação de flagrante delito ou desastre.

Há também as restrições indiretamente constitucionais, as quais criam a possibilidade de relativizar o exercício de um direito em detrimento de outro por meio de cláusulas de reserva explícitas e através de legislação infraconstitucional. Assim,

a própria Constituição indica o que poderá restringir determinado direito. (FARIAS, 2000, p. 4). Um exemplo é o artigo 5º, XIII da Constituição Federal: “[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**” (Grifo nosso). (BRASIL, 2017-B).

Por fim, existem as restrições implícitas, que não estão expressamente previstas no texto constitucional; todavia, afetam os direitos plenamente garantidos, com o direito de assegurar o exercício de outros bens jurídicos e direitos igualmente protegidos pela Constituição. Ocorre, portanto, quando da colisão entre dois direitos fundamentais em análise no caso concreto, um direito poderá ser limitado para o efetivo exercício de outro. (FARIAS, 2000, p. 5).

Sarlet (2003, p. 9-10), ao discorrer sobre os limites dos direitos fundamentais, leciona que existem três tipos de limitações a estes direitos. A primeira ocorre quando a própria Constituição Federal limita o exercício do direito. Na Constituição Federal um exemplo de tal restrição está presente em seu artigo 5º, inciso XVI:

[...] Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (BRASIL, 2017-B)

No trecho supracitado, o texto constitucional garante o direito fundamental à reunião pacífica, porém, desde logo impõe a restrição da necessidade de tais reuniões, elas não devem frustrar outras anteriormente convocadas. Desta forma, trata-se de uma limitação feita pelo próprio texto constitucional.

A segunda hipótese de limitação ocorre quando a Constituição Federal prevê regularmente sobre a possível limitação a um direito, muito embora a limitação deva ser feita de acordo com o caso concreto, pelo legislador. Tal situação ocorre também no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, que garante que “[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O direito ao exercício profissional pode sofrer limitações pela imposição de certos requisitos” (SARLET, 2012, p. 400-401).

Por fim, uma terceira espécie de limitação ocorrerá quando da colisão entre dois direitos fundamentais. A respeito da possibilidade de limitação de um direito fundamental em detrimento de outro, Canotilho disserta que

A necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso (2002, p. 161-162).

Para uma adequada discussão acerca da restrição de direitos fundamentais, Sarlet (2012, p. 397) afirma ser necessária uma análise das designadas teoria interna e externa dos limites aos direitos fundamentais. De acordo com a teoria interna, os direitos fundamentais já nascem com os seus limites (limites iminentes), ou seja, fronteiras pré-estabelecidas.

Já a teoria externa entende que os limites dos direitos fundamentais são externos ao seu conteúdo, portanto, não há uma ligação direta e necessária entre o direito e sua limitação; tal relação pode ocorrer por motivos externos. É o caso do conflito entre dois direitos fundamentais, por exemplo, que fará com que um deles sofra uma limitação em detrimento do outro (SARLET, 2012, p. 397).

Por ocuparem uma posição importante no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, conforme visto podem sofrer limitações quando da colisão entre outro direito da mesma espécie. Essas colisões ocorrem porque os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal não são absolutos.

Para Alexy, haverá colisão sempre que o exercício de um direito fundamental, por um indivíduo, acarretar em consequências negativas ao exercício de direitos fundamentais de outros titulares. O autor, acerca do fenômeno da colisão entre dois direitos fundamentais, discorre:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de iniciar essa análise, deve, primeiro, o fenômeno a ser analisado ser considerado mais de perto (1999, p. 69).

As colisões entre direitos fundamentais podem ocorrer com direitos fundamentais idênticos ou direitos fundamentais distintos. Segundo Alexy (1999, p. 69), “para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional”. O autor apresenta as formas de colisão entre os direitos fundamentais da seguinte forma

### 3.2.1 Colisão entre direitos fundamentais idênticos

São as colisões de um mesmo direito fundamental em aplicação a um caso concreto.

Esse tipo de colisão pode ocorrer de quatro formas distintas. Na primeira, estão presentes, nos dois lados, um mesmo direito fundamental como direito de defesa das liberdades individuais. É o caso, por exemplo, de dois grupos religiosos distintos que desejem realizar uma manifestação em um mesmo lugar e hora, existindo, portanto, a possibilidade de choques. É o conflito de duas partes que pretendem exercer o direito à liberdade religiosa e de expressão (ALEXY, 1999, p. 59-70).

Na segunda modalidade, os direitos fundamentais idênticos estão, de um lado, como direito de defesa liberal e, de outro, como direito de proteção. Seria o caso de quando se atira em um detentor de refém para salvar a vida do refém. Tal exemplo demonstra a complexidade da colisão entre os direitos fundamentais. (ALEXY, 1999, p. 59-70).

A terceira modalidade de colisão de direitos fundamentais idênticos dá-se devido à complexidade mencionada no caso acima, pois, conforme entendimento de Alexy (1999, p. 70), os direitos fundamentais dividem-se binariamente entre um lado positivo e outro negativo; a exemplo do direito de liberdade de crença, previsto na Constituição Federal. Como ilustração, tem-se o famoso debate acerca da possibilidade ou não da colocação de crucifixos em escolas ou órgãos públicos, onde está presente o direito à liberdade de crença positivo contra o mesmo direito negativo.

A quarta, e última, espécie de colisão de direitos fundamentais idênticos decorre de quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental, um

fático. Alexy (1999, p. 72) situa com o benefício da justiça gratuita concedido aos hipossuficientes pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Trata-se de uma forma de relativizar o direito à igualdade garantido pela constituição, de forma a promover uma igualdade fática entre as classes. Sendo essas as formas de colisões entre direitos fundamentais idênticos, é possível, também, colisões entre direitos fundamentais distintos.

### 3.2.2. Colisão de direitos fundamentais diferentes

Neste caso, há a colisão entre dois direitos fundamentais diferentes, de titulares de direitos fundamentais diferentes. É o que ocorre quando da colisão entre o direito de liberdade de manifestação de opinião com o afetado negativamente pela manifestação de opinião. Nesse sentido, Alexy defende que:

É essa a problemática que, em 1958, deu motivo ao Tribunal Constitucional Federal com sua sentença-Lüth, uma das sentenças mais significativas da jurisdição constitucional alemã, de colocar os trilhos básicos para a sua jurisprudência da ordem de valores que conduz as duas consequências fundamentais para os direitos fundamentais: primeiro, à irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total e, segundo, à onipresença da ponderação. Um efeito tardio dessa sentença é a resolução soldados-são-assassinos, na qual a condenação de pacifistas, que qualificaram soldados de assassinos, por ofensa foi classificada como inconstitucional. Aqui colide a liberdade de manifestação de opinião dos pacifistas com o direito de personalidade geral dos soldados que inclui a proteção da honra. O debate exacerbado que essa sentença promoveu, mostra que material explosivo colisões de direitos fundamentais podem ocultar (1999, p. 70).

Diante das colisões entre direitos fundamentais, faz-se necessário estabelecer uma regra para solução dos conflitos, em que um deles deverá prevalecer em detrimento do outro. Alexy desenvolve a “Teoria dos Direitos Fundamentais” na qual esclarece a melhor forma para solução de tais colisões, o que se passa a estudar.

## 3.3. DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Inicialmente, Alexy (1999, p. 68-72), visualiza a colisão entre direitos fundamentais de duas formas. Em sentido estrito, significando a colisão entre direitos fundamentais decorrentes da colisão do direito de um indivíduo contra outro direito de outro indivíduo. Em sentido amplo, percebe-se a colisão de um direito fundamental de um indivíduo em face de um direito da coletividade.

A Teoria de Alexy (1999, p. 75)., apresentou uma solução para o choque já mencionado tendo em vista à necessidade de fundamentação das decisões dos magistrados (artigo 93, IX, da Constituição Federal) e contribuiu para o êxito em decisões, doravante fundamentadas racionalmente. Para tanto, diferencia princípios de regras, embora entenda que ambos são ordens a serem cumpridas. Sendo os princípios: ordens que poderão ser usadas em sentido mais amplo que as regras. De acordo com Alexy as “[...] regras são normas que só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se a regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais ou menos [...]”

Porém, havendo conflito de normas será - quando possível - estabelecida uma exceção, haja vista que elas não poderão ser contraditórias uma vez que impõem cumprimento ou não de uma conduta. Caso não seja possível a aplicação da cláusula de exceção, tal norma deverá ser excluída do ordenamento jurídico. No caso de conflito entre direitos fundamentais, faz-se necessário a aplicação da ponderação (ALEXY, 1999, p. 76).

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 73).

Em sua teoria, Alexy prevê que, quando do conflito entre dois direitos fundamentais, é indispensável a ponderação, aplicando-se a razoabilidade e proporcionalidade<sup>4</sup>; caminho pelo qual chegar-se-á a um final de restrição de um direito em detrimento do outro. Assim, dispõe o autor:

---

<sup>4</sup> A conceituação, bem como a aplicação de tais termos serão melhor explicadas no próximo capítulo.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 118).

Ressalta-se que para que seja dado a um princípio importância maior, naquele caso concreto, do que ao outro colidente, deve-se ter razões fortes e graves que o façam, de modo que justifiquem a utilização daquele princípio em deferência do outro.

Dessa monta:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases: Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito (ALEXY, 1999, p. 78).

Por conseguinte, a teoria possibilita um meio termo entre flexibilização e vinculação, solucionando os problemas quando há lacunas na lei, pois não há, com a evolução dos conflitos, como o ordenamento jurídico prever todos os conflitos que possam surgir.

A regra da proporcionalidade desenvolvida por Alexy será utilizada ao final do presente trabalho para solucionar a colisão entre dois direitos fundamentais de primeira dimensão, sob a análise de um caso hipotético.

#### **4. DA SOLUÇÃO PARA A COLSIÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPOSTA POR ROBERT ALEXY E DE SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO EM UM CASO HIPOTÉTICO**

Este último capítulo tem como objetivo analisar, primeiramente, a identidade genética do ser humano como um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana. Após, realizará a análise do direito ao anonimato do doador de material genético, também como um direito fundamental. Finalmente se observará a ponderação dos dois direitos fundamentais, sob a perspectiva da Teoria de Alexy, em especial na análise de um caso concreto, em que uma criança fruto de reprodução medicamente assistida heteróloga portadora de leucemia necessita saber sua identidade genética a fim de possibilitar o conhecimento de um doador compatível.

Ver-se-ão, portanto, em conflito o direito fundamental à identidade genética, cujo titular é a criança portadora de leucemia, e o direito à intimidade e ao anonimato, cujo titular é o doador de material genético.

#### 4.1. DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Conforme já analisado, da bioética e, posteriormente, o surgimento das novas técnicas de reprodução medicamente assistidas, forçaram uma nova interpretação do direito à dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O conceito de dignidade da pessoa humana, como visto, não é unânime e ainda que não haja unanimidade na conceituação de dignidade, a doutrina e a jurisprudência têm concretizado seu conteúdo e delineado contornos básicos sobre o tema.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2009, p. 4)

Além disso, indispensável faz-se conceituar os direitos inerentes à personalidade, para uma melhor compreensão, ao final, da dignidade da pessoa humana como um vértice de tais direitos.

Acerca do conceito de direitos da personalidade, tem-se que “é o direito de cada pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, identidade, liberdade, privacidade, honra, opção sexual, integridade, imagem. É o direito subjetivo de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio.” (DINIZ, 2005, p. 122).

Também a respeito dos direitos da personalidade, de acordo com Coelho:

Os direitos da personalidade são absolutos, oponíveis erga omnes, ou seja, o titular pode escudar-se nele perante qualquer outro sujeito de direito, indistintamente. Assim, eles podem ser defendidos mesmo daqueles com quem o titular não tenha tido nenhuma relação jurídica anterior. Contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido direito da personalidade, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta.

[..] Além de absolutos, os direitos da personalidade são vitalícios, homens e mulheres titularizam os direitos da personalidade por toda a vida. (2010, p. 197).

Conforme Petterle (2007, p. 92), é possível construir os contornos do direito à identidade genética – como direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional brasileira – especialmente a partir do conceito de dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida, como cláusula geral implícita que tutela todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

Do ponto de vista da bioética ética, Sgreccia discorre acerca do grande impasse decorrente da identidade do concebido:

É neste nível que se verificam as consequências mais graves e, às vezes, também estranhas. Entretanto, o nascituro tem uma identidade biológica que não coincide com a social. Dado que é um direito de cada um de nós saber quem é filho, o fato de comunicar sua origem ao indivíduo nascido de FIVET (inseminação artificial) heteróloga, não poderá deixar de determinar uma dificuldade de relação com os pais, um dos quais é putativo, continuando desconhecido o doador. (2009, p. 540).

O mesmo autor ainda exemplifica, advertindo sobre os riscos do não conhecimento da identidade genética. Para Sgreccia (2009, p. 541) considerando que se podem fecundar muitos óvulos com o material genético de um só doador, e na hipótese de ser inviolável o anonimato do doador, teoricamente, poder-se-ia obter numa população certo número de consanguíneos, que não saberiam ter esse vínculo entre si.

No mesmo sentido, alerta Lôbo que é direito de cada ser humano ter o conhecimento de sua identidade genética. Segundo o autor:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido (2004, p. 53).

Diante disso, percebe-se a importância do conhecimento da identidade genética para o exercício pleno da dignidade da pessoa humana. Para Krell (2006, p. 174), esse novo direito fundamental envolve um direito à historicidade pessoal - para cada um saber como foi gerado -, a identidade de seus genitores - o que pode

ser essencial para a prevenção e mesmo a cura de doenças hereditárias - e, ainda, a bagagem genética, que é parte da identidade da pessoa.

Nesse norte, a Constituição Federal prevê em diversos artigos a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, a exemplo dos seguintes artigos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2017-B).

Tais dispositivos enfatizam a importância da dignidade da pessoa humana. A identidade genética, portanto, pode ser entendida como um desdobramento da dignidade humana, considerando a necessidade do indivíduo de conhecer suas origens. Dessa forma, conclui Petterle que

Assim, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida, agregando, ainda, em reforço à fundamentação, o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético e o dever de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (situações que evidentemente incluem o genoma humano, já que não se consegue vislumbrar o homem isolado do meio em que vive), o direito à identidade genética é um direito fundamental implícito na ordem constitucional brasileira. (2007, p. 109-110)

Em consequência ao exposto, a criança gerada por meio de inseminação artificial heteróloga deve ter o direito de conhecer sua origem da mesma forma que outras crianças nascidas de relações sexuais.

Entretanto, forçoso lembrar que o conhecimento da identidade genética, no aspecto em que está sendo analisado, não significa o estabelecimento de um vínculo entre os doadores de material genéticos e as crianças concebidas, decorrente da inseminação artificial heteróloga. Trata-se, porém, de tão somente o conhecimento de sua origem, concretizando a conquista de direitos.

Portanto, no entendimento de Almeida e Rodrigues Junior (2010, p. 394), não se pode confundir o conhecimento à identidade genética com o direito à filiação. Cada um desses direitos tem um objetivo próprio, distintos entre si.

Justamente por isso, afirma Petterle (2007, p. 118-119), existe a urgente necessidade de se legislar especificadamente sobre o tema a fim de esclarecer a distinção entre tais direitos e consolidar a identidade genética no ordenamento jurídico nacional. É por isso que,

Também no que concerne à dimensão prestacional do direito à identidade genética, aquela requer uma intervenção positiva do Estado, na forma de uma prestação jurídica, é dever do Estado legislar detalhadamente sobre a matéria (prestações jurídicas), estabelecendo os mecanismos garantidores da identidade genética do ser humano via legislação infraconstitucional. (PETTERLE, 2007, p. 118-119).

Também, a respeito supracitado, Donizzet (2007, p. 120) se posiciona no sentido favorável à quebra do anonimato do doador de material genético em respeito ao direito à identidade genética. Para o autor, os argumentos que fundamentam seu posicionamento estão previstos na Constituição Federal, uma vez que esta prevê a dignidade da pessoa humana como direito fundamental. A imposição do anonimato, portanto, contraria direito à dignidade da pessoa humana que atinge tanto a criança quanto ao próprio doador. Isso porque a dignidade da criança é lesionada pelo fato de que, quando crescer, não possuir meios de conhecer sua identidade genética. O autor faz, ainda, a comparação de que o não conhecimento da sua identidade genética “é quase que um transporte para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lhe concedeu” (DONIZZET, 2007, p 120).

Conclui-se, por fim, que a identidade genética é sem dúvidas um forte argumento para a quebra do anonimato do doador de material genético nas inseminações artificiais heterólogas. Entretanto, conforme as orientações do Conselho Federal de Medicina, deve prevalecer à intimidade e o anonimato do doador.

#### 4.2. DO ANONIMATO DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO COMO GARANTIA AO PRINCÍPIO DA INTIMIDADE PREVISTO DA RESOLUÇÃO 2.121/15 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina é categórica em afirmar que o doador de material genético, nos casos de inseminação artificial heteróloga, tem direito absoluto ao anonimato. Conforme já exposto, a inseminação artificial consiste na utilização de material genético de pessoa não vinculada afetivamente ao receptor. Dessa forma, as pessoas que desejam utilizar este tipo de reprodução medicamente assistida recorrem aos bancos de sêmen e óvulos, cujos doadores não podem e não devem ser identificados.

A respeito do tema, a Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina Prevê:

[...] IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

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

[...]

**4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).**

5- As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente. (BRASIL, 2017-C). (Grifamos)

Nesse sentido, Boscaro (2002, p. 89) entende que, nos casos de reprodução medicamente assistida heteróloga, não há como a filiação juridicamente reconhecida, haja vista o prévio desinteresse do doador com a criança a nascer e a provável ausência de quaisquer relações entre o doador e o pai/mãe sócio afetivo. Por isso, posiciona-se o autor pela prevalência do direito ao anonimato do doador de material genético.

Segundo Calmon (2000, p. 11), o respeito ao anonimato do doador configura mera aplicação do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que a adoção interrompe qualquer vínculo com os parentes biológicos do adotado. Em suma, entende o autor que a inseminação artificial heteróloga gera uma adoção por parte dos pais que se utilizam de tal técnica de reprodução e, portanto, não há que se falar em conhecimento de identidade genética, uma vez que o vínculo com o/a doador/a de material genético estão sendo quebrados por meio da adoção. Também nesse sentido, de acordo com Constituição Federal, em artigo 5º, inciso X, “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente

de sua violação”. Tem-se que o direito a intimidade é também direito fundamental previsto expressamente pelo texto Constitucional (BRASIL, 2017-B).

A respeito do tema, Coitinho, Casagrande e Trentim também alertam sobre os riscos do conhecimento da identidade genética do doados nos casos de inseminação artificial heteróloga.

Nesse sentido, ao estabelecer que a doação de gametas não aduz qualquer vínculo paternal, afasta a possibilidade de obtenção de um pai biológico e um sócio afetivo, desconstruindo a estrutura familiar, além do mais, como se sabe, já é reconhecido e até mesmo se sobrepõe o vínculo paterno por laços afetivos. Haja vista, que se não há possibilidade de buscar um reconhecimento paterno nessa situação, o que evidencia que o desejo não se perfaz diante disso, têm-se mera vontade de conhecimento hereditário, ao que passa ser insuficiente para quebra do sigilo, pelas possíveis consequências ocasionadas com esse acontecimento. Além disso, vale enfatizar que o anonimato seria a única forma de garantir que a doação do esperma seja um ato realmente de desinteresse do terceiro doador. (2014, p. 8-9)

Outro ponto importante a ser considerado é o fato de que, o sucesso na evolução da inseminação artificial heteróloga somente se deu devido ao anonimato dos doadores de material genético. Caso o anonimato do doador não fosse absoluto, gerando possibilidade de conhecimento destas pessoas a qualquer tempo, menores seriam os números de voluntários.

Nesse sentido, afirmam Coitinho, Casagrande e Trentim (2014, p. 10) que o direito à identidade genética não somente viola o direito ao anonimato previsto expressamente na Constituição Federal e unanimemente reconhecido como direito fundamental, mas também configuraria afronta ao direito de filiação. Da mesma forma que o direito a identidade genética vem sendo conhecido como decorrente da dignidade da pessoa humana. Para os autores, o anonimato pode ser reconhecido da mesma forma:

Em verdade, o sigilo ao anonimato está intimamente ligado ao direito da intimidade da pessoa humana, como previsto no inciso X do artigo 5º da 13 Constituição Federal de 1988, o qual garante a inviolabilidade da intimidade, da vida, da honra, e da imagem da pessoa, além de assegurar indenização pelo dano moral ou material, caso seja violado. Dessa forma, o direito ao anonimato pode ser apreciado como uma garantia fundamental, no que decorre o entendimento de que o sigilo de dados é considerado parte da intimidade da pessoa, diante da relação entre o laboratório que coleta o material genético e o doador. Ao passo que se trata de proteção da vida íntima do indivíduo, seus familiares e amigos, configurando o conceito de

vida privada, portanto sendo inviolável. (COITINHO; CASAGRANDE; TRENTIM 2014, p. 12-13).

A manutenção do anonimato é de suma importância, principalmente, para preservar os aspectos legais e psicológicos da criança, pois o conhecimento de sua origem genética ocasionaria uma incompleta percepção de sua identidade, considerando que dificilmente conseguiria estabelecer vínculo afetivo com o doador, levando a graves repercussões psicológicas. (WANSSA, 2010.)

Diante disso, fica clara a importância de se manter o anonimato do doador de material genético. Portanto, manifesto o conflito entre os dois direitos fundamentais até então analisados, necessário se faz utilizar-se da técnica da ponderação a fim de descobrir qual dos dois direitos deve sobrepor o outro.

#### 4.3. DA RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE DOIS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY

Por fim, após a análise dos diversos pensamentos favoráveis e desfavoráveis ao predomínio do direito fundamental à identidade genética em face do direito ao anonimato do doador de material genético, cabe fazer uma análise sobre a ótica da ponderação.

A base da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy (2008, p. 85) é a prévia distinção entre regras e princípios. Para o autor, sem essa distinção não é possível desenvolver uma teoria adequada sobre a restrição de direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões.

De acordo com Alexy (2008, p. 88-89) tanto regras e princípios podem ser entendidas como normas, porque “ambos dizem o que deve ser”. Entretanto, diversos são os critérios que as distinguem. A mais utilizada delas, na visão de teórico, é o da generalidade. Segundo esse critério, os princípios são normas com o

grau de generalidade alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Isso porque os princípios são normas doutrinadoras de todo um sistema de ordenamento jurídico, sendo que deles podem surgir diversas outras normas. Princípios são, portanto, normas que determinam quais diretrizes devem obedecer a outras regras, que por sua vez, tem generalidade baixa, por tratarem de assuntos específicos. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Diante disso, Alexy sobre o principal ponto de distinção entre regras e princípios, escreve:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio. (2008, p. 90-91).

Também, a respeito do tema, Ávila (2001, p. 10) distingue princípios de regras com base em dois critérios: grau de abstração e generalidade da prescrição normativa. Em suma, os princípios distinguem-se das regras por abrangerem um número indeterminado de pessoas ou situações, enquanto as regras são menos gerais e encaixam em circunstâncias mais específicas. Para o autor, outro critério de distinção é o fundamento de validade, “a partir do qual os princípios se distinguiriam das regras por serem dedutíveis do Estado de Direito, ao passo que as regras seriam dedutíveis de textos normativos.” (ÁVILA, 2001, p. 7).

Ainda sobre a natureza jurídica dos princípios e das regras, Dworkin afirma que a diferença entre os princípios e as regras é de natureza lógica, pois as regras devem ser consideradas como válidas ou inválidas, não havendo a possibilidade de existirem duas regras contraditórias para a mesma situação de fato. Já os princípios podem ser aplicados em diversas situações de fato e possuem uma dimensão de peso ou importância, o que significa que, em casos de conflito, um

princípio não excluirá o outro do ordenamento jurídico. (apud BUENO, 2013, p. 1410)

No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, pois estes contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Portanto, na colisão entre princípios, diferentemente das regras, estes serão flexibilizados de acordo com o caso concreto, e não invalidados. (ÁVILA, 2014, p. 56-57).

Nesse sentido, Ávila esclarece a principal distinção entre regras e princípios, estabelecida por Alexy:

[...] Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele, os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. (2014, p. 57).

Para o contexto determinado, ambos os temas abordados no primeiro e segundo tópico deste capítulo, podem ser entendidos como direitos fundamentais inerentes ao Princípio da dignidade pessoa humana. Isso porque, tanto o direito à identidade genética, quanto o direito à intimidade e privacidade estão previstos constitucionalmente no art., 5º.

Após a distinção entre regras e princípios, Alexy se passa a análise da teoria da proporcionalidade, que irá levar, ao final, à uma proposta de solução no conflito de princípios.

Na doutrina brasileira, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são comumente confundidos, tratados como sinônimos ou, em outros casos, o princípio da proporcionalidade é tratado como espécie vertente do princípio da razoabilidade. (GOMES; TAVEIRA, 2013, p. 288). No entanto, existem algumas distinções entre os princípios. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem no direito norte-americano, impulsionado pela garantia do devido processo legal, o

princípio da proporcionalidade surgiu na Alemanha, como mecanismo de limitação à discricionariedade administrativa.

A respeito do tema, esclarece Cristóvam:

O direito administrativo consagrou a máxima da proporcionalidade como uma evolução do princípio da proporcionalidade, sendo que, inicialmente, a ideia da proporção ligava-se somente às penas. Em um segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados ao cumprimento das finalidades da lei, e que os meios usados não ferissem em demasia os direitos dos cidadãos. (2006, p. 210).

Segundo Carvalho Filho, acerca das diferenças entre os dois princípios,

No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante ao próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo (2005, p. 24).

Desta forma, conclui-se que a proporcionalidade é um parâmetro valorativo que permite aferir a legalidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade, pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público (CRISTÓVAM, 2006, p. 160).

De acordo com Silva (2002, p. 40) o exame da proporcionalidade consiste no sopesamento entre a “intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

No caso em questão é preciso analisar as consequências da quebra da intimidade do doador de material genético, nos casos de inseminação artificial heteróloga, em observância ao direito à identidade genética, ou as consequências da inviolabilidade de tal intimidade, que culminaria no total desconhecimento do concebido acerca de sua filiação biológica.

Para soluções de conflitos como esse, Alexy prevê a regra da proporcionalidade. Para Ávila (2014, p. 204), a proporcionalidade serve cada vez mais como instrumento de controle dos atos públicos. Canotilho (1992, p. 617), por sua vez, denomina a regra da proporcionalidade como o princípio da proibição do excesso. Isso porque proíbe o legislador de, por mera aplicação da lei, violar direitos fundamentais, quando estes entrarem em colisão.

Para Alexy (2008, p 116-117) a regra da proporcionalidade está fundada em três máximas parciais: a adequação, a necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito).

Nesse sentido, esclarece Ávila:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito) (2014, p. 206).

Assim, cabe fazer uma análise individual de cada uma das máximas para ao final chegar à fórmula elaborada por Alexy para a solução do conflito entre princípios fundamentais.

Primeiramente, Cristóvam (2006, p. 215) ressalta uma relação de precedência na aplicação dessas máximas constitutivas, ou seja, há uma ordem predefinida que exige que as máximas sejam utilizadas nesta sequência: adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito, isso porque primeiro deve se analisar a adequação da medida, para depois, se adequada, verificar a sua necessidade e, de acordo com necessidade, deve-se proceder à proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação diz respeito ao fato de que o poder público deve adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. (CRISTÓVAM, 2006, p. 215), ou seja, a medida deve ser pertinente à consecução dos fins previstos na lei.

Segundo os testes da proporcionalidade, a etapa da adequação trata de se saber se o exercício de um direito interfere no exercício de outro. Ainda, a respeito da máxima da adequação, disserta Cristóvam:

O juiz, quando do controle da proporcionalidade dos atos do Poder Público, deve examinar se o meio escolhido é idôneo à obtenção do resultado pretendido pela lei, à satisfação do interesse público. Não deve, entretanto, exigir uma total e absoluta adequação entre meios e fins, deve sim examinar a conformidade da medida sob o enfoque negativo, invalidando os atos praticados em descompasso com os fins pretendidos pela norma que visavam cumprir. (2014, p. 217).

Portanto, para que um meio seja considerado adequado, é necessário que esteja apto par atingir o resultado pretendido, ou que ao menos contribua para a obtenção do resultado, não implicando a necessidade de realização efetiva do objetivo colimado. (GOMES; TAVEIRA, 2013, p. 292).

Por segundo, traz-se a máxima da necessidade. Segundo Cristóvam (2014, p. 217) essa máxima vai permitir o juiz averiguar se a medida tomada pela administração ou pelo poder público, dentre às aptas (adequadas) para a consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos. Dentre as intervenções disponíveis, a eleita deve ser a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais.

A respeito da máxima da necessidade, expõe Ávila:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Neste sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. (2014, p. 214).

Para exemplificar a aplicação da máxima da necessidade, Alexy (2008, p. 119-119), propõe o seguinte caso hipotético: considerando que o Estado pretende a execução do objetivo Z, com base no princípio P1, e que para tal objetivo existem duas medidas, M1 e M2. Ambas as medidas são igualmente adequadas. Portanto, sob o prisma da máxima da adequação, as duas podem ser aplicadas. Entretanto, a medida M2 afeta menos gravosamente o princípio P2. Sob essas condições, para a

persecução do objetivo Z é indiferente qualquer uma das medidas. Porém, considerando o respeito a outro princípio, P2, que em nada tem a ver com o objetivo que pretende ser alcançado pelo Estado, a medida M2 é a melhor opção, pois é a menos gravosa para o objetivo em questão.

Assim sendo, o exame da necessidade, nas palavras de Alexy (2008, p. 119), é a exigência de que o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo. Tal exigência decorre do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Por fim, tem-se a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima tem o objetivo de garantir que a atuação pretendida esteja afinada com a ideia de justa medida. Os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora. No mesmo sentido, a máxima da ponderação entende os princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas (CRISTÓVAM, 2006, p. 220).

Oportunamente, Alexy escreve a respeito da máxima da proporcionalidade em sentido estrito:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (2008, p. 117-118).

A proporcionalidade em sentido estrito, nas palavras de Bueno, significa que “os meios eleitos devem manter-se numa relação de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, somente deve ser adotada a restrição no limite adequado e indispensável ao benefício que o resultado gera para a coletividade”. (2013, p. 151).

Apresentadas as três máximas indispensáveis para a aplicação da proporcionalidade, passa-se a análise da solução em um caso concreto, de acordo com os princípios estudados ao longo deste trabalho. De um lado, o direito a identidade genética do concebido, nos casos de inseminação artificial heteróloga, de outro, o direito à privacidade e intimidade do doador de material genético.

Conforme já dito alhures, ambos os direitos decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, em um caso hipotético, há se de aplicar a regra da proporcionalidade a fim de decidir qual medida deve preponderar.

Primeiramente, imaginemos o caso hipotético de uma criança, concebida por meio da inseminação artificial heteróloga que é portadora de leucemia. De acordo com dados do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva, a forma mais eficaz para tratamento da leucemia é o transplante de medula óssea. Além disso, conforme informações do REDOME – Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea -, nos casos de doação aparentada (quando o doador é uma pessoa da própria família), há cerca de 25% de chance de se encontrar um doador compatível. Enquanto que na doação não aparentada (quando não se tem relação de parentesco com o doador), a chance de encontrar doador compatível é de 1 em cada 100 mil pessoas, em média (BRASIL, 2017-D).

Diante disso, percebe-se que a chances de êxito em encontrar um doador compatível seria muito maior se a criança conhecesse sua origem genética. Dessa situação decorrerá o conflito entre o direito à identidade genética e o direito a intimidade do doador, previstos na Constituição Federal e na Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Nesse sentido, Taturce (2017, p. 77) dispõe acerca da ponderação para resolver problemas de direito de família. Para o autor, na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos fundamentais ou da personalidade. De um lado está o direito ao reconhecimento do vínculo de filiação, o direito à verdade biológica que envolve a dignidade do filho. Do outro, há o direito à integridade física e intimidade do pai, que também diz respeito à sua dignidade.

Assim, analisaremos o direito a identidade genética que permite a revelação da identidade do doador como P1, e o direito a intimidade do doador como

P2. No caso deste conflito, serão possíveis duas medidas, M1 e M2. Considere: M1 a revelação da identidade doador e M2 a prevalência do direito a intimidade.

Sob o critério da adequação, ambas são medidas apropriadas para o alcance da finalidade escolhida. Entretanto, M1 (permissão da quebra da intimidade do doador de material genético) respeitará o direito a identidade genética, sendo medida adequada para tal fim. Já M2 (prevalência do direito à intimidade) acarretará no não conhecimento da identidade genética por parte do concebido. Dessa forma, embora cheguem a soluções e consequências diferentes, ambas as medidas estão aptas com relação à máxima da adequação.

Analisando a máxima da necessidade, deve-se chegar a resposta de qual medida produzirá menores prejuízos aos cidadãos ou às pessoas envolvidas no conflito, diante de um caso concreto.

Primeiro, é preciso considerar situação hipotética em que as consequências de M1 e M2, tanto para a criança portadora de leucemia quanto para o/a doador/a de material genético. Caso a prevalência do direito à identidade genética fosse aplicado, permitindo a criança o conhecimento de sua origem genética, há chances de encontrar um doador compatível seriam consideravelmente aumentadas, possibilitando um tratamento exitoso para a sua doença. A medida M2, por sua vez, impossibilitaria os aumentos das chances de compatibilidade de um/a doador/a, podendo ocasionar, na pior das hipóteses, a inviabilidade do tratamento e até a morte da criança enferma.

Sob a ótica do doador de material genético, a aplicação da medida M1, permitia a quebra de sua intimidade para revelação de sua identidade à criança concebida, apenas. Conforme já se demonstrou acima, o conhecimento da identidade genética não traria consequências de reconhecimento de filiação, não gerando outros prejuízos ao doador de material genético. Nesse caso, o direito a identidade genética difere do direito à filiação.

Assim, tem-se que a medida M1, ou seja, a quebra da intimidade do/a doador/a de material genético em prol do conhecimento a identidade do doador, traria mais benefícios do que malefícios a ambas as pessoas envolvidas no caso concreto.

A respeito do tema, Cristóvam apresenta que:

Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo àquele outro direito efetivado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima da ponderação de resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar. (2006, p. 222).

Assim, considerando a ponderação de interesses, diante do conflito entre dois direitos fundamentais presentes no caso hipotético em questão, e considerando os argumentos expostos até o momento, sugere-se que o direito à identidade genética deva prevalecer, pois como consequência à esta prevalência haverá o respeito ao direito à vida, direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Para Alexy (2008, p. 310-311) a aceitação da existência de uma única resposta correta independente de procedimento para cada pergunta prática é uma tese contra a qual há poucos pontos a favor e muitos pontos contra. Não se pode, dessa forma, aceitar que somente exista uma única resposta possível para cada pergunta prática.

Com efeito, a grande valia da aplicação da ponderação e do princípio da proporcionalidade, como forma de solucionar conflitos entre direitos fundamentais estruturados como princípios, é conferir alguma racionalidade à escolha de qual direito deve prevalecer no caso concreto, sem que tal escolha seja feita de forma arbitrária ou de acordo exclusivamente com o interesse do julgador. Considerando que vivemos numa sociedade democrática e pluralista, não podemos esperar que todos aplicadores do direito interpretem um conflito de direitos fundamentais sempre da mesma maneira, mas podemos exigir, pelo menos, que eles demonstrem o seu raciocínio, de forma a dar transparência e possibilitar que haja posterior avaliação e controle por parte de toda sociedade e dos Poderes constituídos. (CARDOSO, 2016, p. 153).

Em análise, conclui-se que a técnica da proporcionalidade e da ponderação não preveem uma solução fixa, mas, sim, variável de acordo com o caso concreto; para além disso, esclarece que o julgador deve analisar, em cada situação, todas as consequências e benefícios das medidas a serem adotadas, a fim de chegar a uma solução que melhor atenda às necessidades dos cidadãos e que melhor respeite a Constituição Federal.



## 5. CONCLUSÃO

A evolução da medicina e das técnicas de reprodução assistida trouxe a possibilidade de interpretação de identidade genética como um direito fundamental, inerente à personalidade, previsto do artigo 5º da Constituição Federal. Por outro lado, a resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina a respeito do tema são irreduzíveis no sentido de garantir o anonimato dos doadores de materiais genético.

Assim, temos um conflito de direitos fundamentais sempre que o anonimato do/a doador/a estiver em colisão com a identidade genética do concebido. Para a solução deste conflito, necessário se fez uma análise sob a teoria da ponderação, de Alexy. A teoria desenvolve um critério para a solução de conflitos entre direitos e princípios fundamentais, e orienta que a análise deve ser feita observando-se a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Analisando todos os critérios acima mencionados, conclui-se que no caso hipotético elaborado deve prevalecer o direito a identidade genética do concebido, de forma a revelar a identidade do doador. Tal decisão caracteriza, principalmente, o princípio da beneficência, essencial para a bioética.

O princípio da beneficência garante que, nas relações que envolvam a bioética, deve prevalecer sempre à medida que mais benefícios trouxer aos envolvidos. Portanto, verifica-se que o direito à identidade genética, no caso hipotético apresentado, e garante uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, utilizando a ponderação.

Conclui-se que a melhor regulamentação acerca das técnicas de reprodução assistida e da bioética evitaria os constantes conflitos entre direitos fundamentais que poderão advir dessas relações.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais do Estado Constitucional Democrático**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>> Acesso em 5 mar 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2008

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **Parentalidade tardia e reprodução assistida: os limites do direito ao planejamento familiar no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 14, n. 54, p.279-314, jun. 2013.

ALMEIDA; Aline Mignon De. **Bioética e Biodireito**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA; Clara Costa. **Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas**. Revista Bioética, Portugal, 2014, vol. 22, p. 66-75.

ANJOS FILHO, Roberio Nunes dos; OLIVEIRA; Paulo Henrique de. **Bioética e pesquisas em seres humanos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 101, jan. 2006, p. 1187-1227.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros De. **Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou Controvérsia?** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 48, n 189. Jan/mar 2011. p. 259-268.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 807 p.

\_\_\_\_\_. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Direitos Fundamentais e Justiça.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 04 de nov 2017-A

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 nov 2017-B.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n 2.121/2015**. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em 04 nov 2017-C.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de Câncer (REDOME). **Como é feita a busca por um doador**. 2017. Disponível em: <<http://redome.inca.gov.br/paciente/como-e-feita-a-busca-por-um-doador/>>. Acesso em 29 out 2017-D.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUENO, Luciana de Oliveira. **Juízo de ponderação**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, n. 84, p.137-152, set. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2002. 1506 p. ISBN 9724018067

CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiededireitos/article/viewFile/10327/7300>> Acesso em 01 nov 2017.

CARVALHO, Rogério J. Britto de. **Inseminação artificial**: reprodução assistida: aspectos polêmicos e legislação constitucional e infraconstitucional. Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, SP, v. 15, n. 86, p.130-140, nov. 2014.

CHAMON JUNIOR., Lucio Antônio. Qual o sentido normativo do princípio jurídico da dignidade? Reflexões sobre legitimidade e coerência na alta modernidade. *In: Enfoques sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Clássica, 2008, p. 180-198

COITINHO, Viviane Teixeira Dotto; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; CASAGRANDE, Aline. **Da proteção à intimidade do doador de material genético ao direito à identidade genética da criança gerada através de reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <http://docplayer.com.br/19510908-Da-protecao-a-intimidade-do-doador-de-material-geneticoao-direito-a-identidade-genetica-da-crianca-gerada-atraves-de-reproducao-assistida-heterologa.html>; acesso em: 02 nov. 2017.

CORREA; Marilena Cordeiro Dias Vilella; LOYOLA; Maria Andrea. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil**: opções para ampliar o acesso. Physys Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 25, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EMILIANO, Eurípedes de Oliveira. **A técnica da ponderação como paradigma hermenêutico**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44098&seo=1>>. Acesso em: 13 maio 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. Disponível em: <[https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Guilherme\\_Calmon\\_Nogueira\\_da\\_Gama/%28Filia\\_347\\_343oReprodu\\_347\\_343o%29.pdf](https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/%28Filia_347_343oReprodu_347_343o%29.pdf)> Acesso em 01 nov 2017.

GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, n. 82, p.275-312, mar. 2013.

HAAB, Tuiskson Bejarano. **O estabelecimento da filiação na reprodução humana assistida a luz dos direitos fundamentais e do direito civil brasileiro**. Porto Alegre, 2016.

HECK, José. **Bioética: Autopreservação, enigmas e responsabilidade**. 1ª Edição. Florianópolis: Editora da UFSC, 2011.

HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1ª Edição. Curitiba: Juruá, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11242](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242)>. Acesso em maio 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006

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

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Bioética: pessoa e vida**. 1ª Edição. São Caetano do Sul: Difusão, 2009.

SÁ, Maria Terezinha Freire; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**: Fundamentos e ética biomédica. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: Loyola, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigações políticas jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Editora LTR, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Renovar, p. 475