

## Democracia e direitos da personalidade – M Cristina de Cicco e Elza

Inseminação artificial e manipulação genética, O direito de procriar. Infertilidade -Reprodução assistida

Pietro PERLINGIERI. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P.821-830

272. *Inseminação artificial e manipulação genética.* — Anteriormente à lei sobre a procriação assistida (L. n. 40 de 19 de fevereiro de 2004)<sup>247</sup>, questionava-se se, para regulamentar a matéria da insemina-

243 P. PERLINGIERI, *Note introduttive*, cit., p. 159.

244 P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 157 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, in *Ragion pratica*, n. 6, 1996, p. 269 ss.; P.M. VECCHI, *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Família*, 2001, p. 343 ss.

245 Trib. min. Perugia, 22 de julho de 1997, in *Rass. giur. umbra*, 1997, p. 728 s.; sobre a questão v. P.M. VECCHI, *o.u.c.*, p. 346 s.

246 Corte Just., 30 de abril de 1996, n. 13, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 8 ss.; sobre o assunto v. P.M. VECCHI, *o.u.c.*, p. 348 ss. Sobre outra questão é indicativa a Corte Just., conclusões Adv. gen., 15 de dezembro de 2005, C-423/04, in *www.ilquotidianogiuridico.it*: «O art. 4, n. 1, da diretiva do Conselho de 19 de dezembro de 1978, 79/7/CEE, relativa à progressiva concretização do princípio da paridade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, obsta a que um Estado membro recuse conceder uma aposentadoria por idade, antes de ter alcançado os 65 anos, a uma pessoa transexual que passou do sexo masculino para o feminino, quando, ao contrário, esta pessoa teria direito à aposentadoria com a idade de 60 anos se fosse considerada mulher pelo direito nacional».

247 Para um primeiro comentário cf.: M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza*, Milano, 2004; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 628 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004; P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004; V. CAREDDA, *Stato dei figli e violazione dei divieti della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Família*, 2005, I, p. 265

ção artificial fosse preferível a técnica legislativa por princípios<sup>248</sup> àquela de tipo regulamentar<sup>249</sup>. Todavia, é duvidoso que uma lei formulada por princípios seja útil, na medida em que os princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram completa expressão no Texto Maior<sup>250</sup>. Não se pode certamente afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando constitua um instrumento que não possa ser eliminado, ou que seja muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e se insere na assistência sanitária nacional<sup>251</sup>. Em presença de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem

ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 99 ss.; G. BALDINI, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: profili problematici, prime esperienze applicative e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 295 ss.; M.C. DE CICCO, *I valori contraddittori sottesi alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *RTDC*, 2005, n. 21, p. 143 ss.

248 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, (1989), in *ID.*, *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 183 ss.; *ID.*, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, (1989), *ivi*, p. 174 s.; são favoráveis a uma técnica por princípios também P. RESCIGNO, *I criteri generali ispiratori delle proposte di legge*, in *AA.VV.*, *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana*, Padova, 1987, p. 50, e F.D. BUSNELL, *Relazione di sintesi*, *ivi*, p. 218, para os quais a enunciação de princípios deve ser limitada aos aspectos de caráter técnico, que tornariam supérflua uma disciplina para cada momento; a enunciação de princípios fundamentais sancionados constitucionalmente não parece necessária e pode ser inoportuna.

249 Sobre o valor geral das duas técnicas legislativas v., *supra*, cap. VI, §§ 85 e 86.

250 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 183.

251 Na sentença de *Landgericht* di Nurnber-Furth, 13 de abril de 1984, in *Neue Jur. Wochenschr.*, 1984, p. 1828, cit. em G. GANDOLFI, *Profili civilistici della «fecondazione artificiale»*, in *Giur. it.*, 1986, c. 88, afirma-se que «a fertilização *in vitro* deve ser considerada como tratamento sanitário necessário, enquanto ajuda a remediar a uma crise psíquica com dimensões patológicas», de forma que se reconhece o direito da mulher de obter o reembolso das despesas efetuadas por parte do Sistema de saúde pública e de uma seguradora particular. O *Sozialgericht* de Gelsenkirchen, 8 de setembro de 1983, in *Neue Jur. Wochenschr.*, 1984, p. 1839, especifica que a fecundação artificial deve ser considerada um tratamento sanitário conforme os objetivos perseguidos pelo *Reichsversicherungsordnung* de 15 de dezembro de 1924.

psicológica, o problema da inseminação não se coloca mais em termos discricionários. Não existirá direito à prestação sanitária gratuita somente quando o recurso à inseminação for motivado por escolhas arbitrárias<sup>252</sup>.

A lei n. 40 de 2004 permite a fecundação «homóloga» apenas para o casal, conjugado ou «convivente», em idade potencialmente fértil, que se encontre na impossibilidade de procriar naturalmente (art. 4, § 1)<sup>253</sup>. Contudo, o nosso ordenamento conhece diversas noções de família<sup>254</sup>. Na lei sobre a guarda e sobre a adoção (L. n. 184 de 4 de maio de 1983) transparece a escolha legislativa de não reconstruir o grupo familiar de maneira rígida, de tal forma que também a mulher solteira deveria ter a possibilidade, aliás o direito, de realizar o fim da procriação por meio da inseminação artificial<sup>255</sup>.

252 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 186.

253 A lei proíbe o recurso à inseminação artificial «heteróloga», isto é, feita com o sêmen de pessoa diversa do marido ou do convivente (art. 4, § 3, L. n. 40 de 2004); proíbe, também, a crioconservação dos embriões, exceto que causas supervenientes, relativas ao estado de saúde da mulher, impeçam a sua implantação (art. 14, § 1 e 3), e permite o acesso às técnicas de procriação assistida apenas para casais maiores de idade, de sexo diverso e ambos vivos (art. 5). Os delicados problemas postos pela lei, reforçam as dúvidas e perplexidade que a doutrina mais atenta previu em relação seja à legitimidade constitucional da normativa, seja às dificuldades aplicativas e às contradições provocadas pela mesma lei em relação às exigências de tutela tanto de direitos fundamentais da gestante (saúde, autodeterminação, liberdade pessoal) quanto da atividade dos operadores sanitários (liberdade de escolha da melhor conduta terapêutica, incerteza sobre possíveis responsabilidades derivantes de lesões de direitos alheios, etc.), emergem plenamente das primeiras e contrastantes pronúncias de mérito: Trib. Catania, ord., 3 de maio de 2004, in *Fam. dir.*, 2004, p. 384 s., com nota de M. DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*; Trib. Cagliari, ord., 16 de julho de 2005, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 784 ss., com nota di G. BALDINI, *Il caso Cagliari: aperta la prima breccia alla legge 2004, n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita*.

254 V., *infra*, cap. XVIII, § 319.

255 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 186. Con fundamento no interesse do menor de ser criado em uma família que apresente a dupla figura genitorial, a doutrina italiana prevalecente exclui que a mulher sozinha possa recorrer ao uso de técnicas de fecundação artificial: v. M. COMPORI, *Ingegneria genetica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, in AA.VV., *Manipolazioni genetiche e diritto*, Atti del XXXV Convegno nazionale dell'Unione giuristi cattolici, 7-9 dezembro 1984, Milano, 1986, p. 161; F. MANTOVANI, *Manipolazioni genetiche*, *ivi*, p. 254; A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica*

A atividade médico-cirúrgica que assiste o procedimento de inseminação deve levar em consideração o perfil do consentimento (arts. 4, § 2, al. b, e 6, L. n. 40 de 2004): consentimento informado, responsável, livre. Os atos de natureza pessoal são sempre, por definição, revogáveis<sup>256</sup>. O consentimento, manifestado por escrito pelo casal, pode ser revogado, mesmo individualmente, «até o momento da fecundação do óvulo» (art. 6, § 3)<sup>257</sup>.

Não se pode excluir a possibilidade que exista mais de uma mãe<sup>258</sup>, e que a figura do pai não se identifique com aquela do genitor.

*umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 505. *Contra* V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 757; *contra*, entre outros, M.C. DE CICCIO, *I valori contraddittori*, cit., p. 152 ss. Para G.B. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale. Prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese*, Napoli, 1986, p. 42, o recurso à inseminação por parte da mulher sozinha «parece mais transgredir o perfil da excepcionalidade sob o aspecto da limitação ao uso destas técnicas apenas em hipótese de tutela da saúde». Nos EUA a maior parte dos estatutos exclui que a inseminação possa ser praticada em mulheres sozinhas. Na doutrina parece prevalecer, ao contrário, a tese que reconhece, com fundamento no direito à privacidade, o direito da mulher sozinha: para J. SHAMANN, *Legal Aspects of Artificial Insemination*, in *J. Fam. L.*, 18/1980, p. 345, o direito da mulher ao uso da técnica, fundado sobre a 13ª emenda, foi afirmado várias vezes pela Corte Suprema (v. *Carey v. Population Ser. Int'l*, 431 U.S. 678/1977). Vetar o recurso à técnica por parte de mulheres sozinhas comporta, entre outras coisas, a violação da 14ª emenda (veto de discriminação); sobre este ponto P.A. KERN e K.M. RIDOLFI, *The Fourteenth Amendment's Protection of Woman's Right To Be a Single Parent Through Artificial Insemination by Donor*, in *Woman's Rights L. Rep.*, 7, 3, pp. 258 e 277, onde se afirma a equiparação do homem sozinho à mulher sozinha, acolhida no caso de *Stanley v. Illinois* (1972).

256 Sobre este ponto v. L. BRUSCUGLIA, *Condizioni di ammissibilità, consensi e procedimenti legali*, in AA.VV., *Procreazione artificiale*, cit., p. 63 s.; S. PATTI, *Consenso e segreto. Le raccolte dei dati*, *ivi*, p. 136 ss.

257 Considera ao contrário que a mulher possa revogar o consentimento até o momento da implantação no útero, R. VILLANI, *La procreazione assistita*, cit., p. 77.

258 Sobre o fenômeno da maternidade dita sub-rogada, v. E. CAPOBIANCO e M.G. PETRUCCI, *La maternità surrogata in un recente provvedimento del Tribunale civile di Roma*, nota a Trib. Roma, ord., 17 de fevereiro de 2000, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 199 ss.; C. PRELATI, *La legge 8 novembre 2000, n. 328, e la solidarietà come fenomeno sociale "regolato"*, *ivi*, 2001, p. 111 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, *ivi*, 2004, p. 43 ss.; para as orientações jurisprudenciais v. A.B. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002. A lei sobre a procriação assistida, além disso, estabeleceu uma ampla restrição de tratamento dos embriões, que inclui também a maternidade sub-rogada (art. 13, § 3, al. a, L.

Estas situações induzem a individuar o tipo de relevância que elas têm em relação ao menor. É possível que uma mulher solteira se submeta à inseminação com o sêmen de um homem e este, em um segundo tempo, reconheça o filho. Nesta hipótese, justamente porque existe um juízo favorável do ordenamento em relação à presença de dois genitores, tornar-se-á oportuno, no interesse do menor, atribuir ao genitor a qualificação de pai<sup>259</sup>.

Diversa é a situação do filho que nasce por inseminação artificial «heteróloga» (proibida pelo art. 4, § 3, L. n. 40 de 2004) em um casal, casado ou não, quando então é possível que se determine um conflito entre a posição do pai e aquela do doador dos gametas, titular do patrimônio genético. A Lei sobre a procriação assistida (art. 9) resolveu negativamente a controvertida questão se o marido possa agir em juízo para desconhecer o filho, na hipótese em que tenha dado seu consentimento para a fecundação heteróloga<sup>260</sup>; desse modo, o doador não adquire nenhuma relação parental com o nascido, nem pode pleitear algum direito em relação a ele, nem ser titular de *obblighi* (art. 9, § 3). Todavia, não se pode excluir que se o pai — genitor legal — morrer, o doador — genitor genético — possa assumir algumas responsabilidades, mesmo de tipo educativo, em relação ao filho<sup>261</sup>.

n. 40 del 2004), cuja comercialização é objeto de sanção penal (v. art. 12, § 6).

259 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 187 s.

260 Sobre as orientações contrapostas que, antes da lei n. 40 de 2004, reconheceram (v. jurisprudência de mérito e doutrina prevalecente) ou negaram (Corte Constitucional e jurisprudência de legitimidade) a ação de desconhecimento, v. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *L'individuazione della madre e del padre con riferimento all'inseminazione artificiale eterologa*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 604 ss.; G. BALDINI, *Considerazioni su paternità biologica e sociale nell'ambito della procreazione artificiale eterologa*, *ivi*, 1996, p. 1 ss.; A. CORDIANO, *L'inseminazione eterologa: il cammino di un "parto" ancora lungo*, *ivi*, 2001, p. 116 ss.; L. RUGGERI, *Recente giurisprudenza in tema di interruzione volontaria di gravidanza e procreazione assistita*, in G. BISCONTINI, R. FAVALE e L. RUGGERI, *Interruzione volontaria della gravidanza e procreazione assistita. Per uno statuto coerente dell'essere umano*, Camerino, 2001, p. 149 ss., espec. p. 213 ss.; V. CAREDDA, *Stato dei figli*, cit., p. 267 ss.; S. PAGLIANTINI, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, in M. SESTA e V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 507 ss., espec. p. 526 ss.

261 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 188; que os doadores de gametas possam ser privilegiados na adoção do nascido, é afirmado por C.M. BIANCA, *Stato delle persone*, in AA.VV., *Procreazione artificiale*, cit., p. 112; R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, «locazione di utero», diritti dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, p. 638.



Deve-se dissentir das propostas que prevêem o anonimato do doador do sêmen<sup>262</sup>. As perplexidades sobre a eliminação do anonimato não podem representar uma contra-indicação à inseminação artificial.

262 A prevalecente doutrina italiana propende para o anonimato: M. COMPTON, *Ingegneria genetica*, cit., p. 176, o qual exclui a existência de direitos dos genitores genéticos sobre os filhos ou, vice-versa, o direito dos filhos de conhecer, uma vez alcançada a maioridade, sua origem genética; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, p. 76 ss.; G. ASCONE e L. CARLEO, *La procreazione artificiale*, cit., p. 38, para os quais não parece ser «relevância prioritária o interesse do menor em conhecer a identidade de uma pessoa que não pretendia de maneira alguma, mesmo que irresponsavelmente, tornar genitor». V., porém, T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 66, e A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale*, cit., p. 506. Decididamente orientados para a superação do anonimato: R. LANZILLO, *o.l.c.* e G. BISCONTINI, *Considerazioni brevi sull'inseminazione artificiale*, in G. BISCONTINI, R. FAVALE e L. RUGGERI, *Interruzione volontaria della gravidanza*, cit., p. 130. Con fundamento no princípio de tutela da dignidade humana, afirma-se a irrelevância do interesse ao anonimato e, por outro lado, o direito do que nasceu de conhecer suas origens. Para a superação do anonimato v. também A. ESER, *La genetica umana alla luce del diritto tedesco*, (trad. de M. Manna), in *Indice pen.*, 1986, p. 570; P. BILSDORFER, *Rechtliche Probleme der In-vitro Fertilisation und des Embryo-Transfers*, in *Monatsschr. Deut. Juristenzeitung*, 1983, p. 1549), em relação à irrelevância do consentimento do marido à fecundação artificial heteróloga da mulher e à atribuição da paternidade legal ao genitor genético, comportam por coerência que o doador não seja anônimo. Sobre a configurabilidade de um direito do nascido ao resarcimento do dano em relação ao médico que fez com que desaparecesse a documentação relativa ao doador, cf. S. PATTI, *Brevi considerazioni sull'evoluzione del diritto nella Repubblica Federale Tedesca*, in AA.VV., *Procreazione artificiale*, cit., p. 232 s. Para a hipótese de se configurar, no respeito do princípio de solidariedade, um direito a pleitear alimentos por parte do doador que esteja em situação de graves dificuldades v. M.C. DE CICCO, *I valori contraddittori*, cit., p. 164. Na literatura jurídica dos Estados Unidos parece prevalecer a tese que reconhece o direito do que nasceu de identificar o genitor genético mediante o controle dos arquivos do médico. Assim, J. ANNAS e S. ELIAS, *In vitro fertilization and Embryo-Transfer*, in *Fam. L.Q.*, 1983, p. 215; J.M. SHAMANN, *Legal Aspects*, cit., p. 341, afirma que o *Uniform Parentage Act* del 1979, al § 5, prevê que as informações sobre a identidade dos doadores sejam computadorizadas e tratadas como segredo que pode ser superado apenas com uma ordem judicial e por uma boa causa comprovada. Muitos Estados utilizaram tal previsão na legislação especial sobre a matéria. O direito do que nasceu e a possibilidade de superação do anonimato não comportam necessariamente o reconhecimento de direitos patrimoniais para o próprio nascido: alguns estatutos excluem expressamente a responsabilidade para o sustento por parte do doador (*ivi*, p. 339).

Não tutelar o anonimato, antes, atribuir responsabilidades a quem doa, com o seu sêmen, a vida, personalizar a doação, significa evitar a especulação<sup>263</sup>.

O menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético — de acordo com a concepção pela qual a estrutura se adapta à função — não é totalmente insensível no seu dever às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto<sup>264</sup>, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas, responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce. Pode-se objetar que essa solução comporte a atribuição ao menor de um *status* diverso daquele legítimo (se não fosse garantido o anonimato do doador do sêmen, resultaria que o marido da mulher que deu à luz não é o pai da criança: de forma que ela não poderia, portanto, ser considerada filho legítimo); objeção ligada a uma concepção que acredita que o *status* de legítimo seja privilegiado em relação àquele de filho natural: isso não é mais respondente nem ao ditame constitucional nem à legislação ordinária, na qual

263 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 190. O anonimato «favorece a comercialização e, excluindo qualquer relação entre doador e donatário, não representa uma forma de dissuasão ao uso da inseminação artificial, mas sim o modo como multiplicar esta prática que, de excepcional, poderia se tornar difusa. Tampouco garante o *favor veritatis*, conquista fundamental de nosso ordenamento jurídico que se traduz em relação ao que nasceu no direito de conhecer, além do próprio patrimônio genético, também as próprias raízes culturais [...] Se no nosso ordenamento existe um *favor veritatis*, o anonimato representa uma escolha hipócrita e uma deviação em relação ao sistema introduzido pela reforma de 1975 e à interpretação da jurisprudência sucessiva que considerou prevalecte o *favor veritatis* sobre o *favor legitimitatis*: ID., *Riflessioni sull'inseminazione artificiale*, cit., p. 177 s.; v. também ID., *La tutela dell'embrione*, (2002), in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 316 s.; ID., *Diritto alla famiglia*, cit., p. 308. É preferível, portanto, a solução da lei sueca sobre a inseminação que prevê o direito da criança, concebida mediante fecundação artificial e que alcançou uma maturidade suficiente, de obter informações relativas ao doador do sêmen (art. 3, L. n. 20 de dezembro de 1984, para cuja tradução v. G. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, *o.c.*, p. 190).

264 N.T.: não se trata de uma hipótese apenas acadêmica vista a notícia, publicada recentemente na imprensa internacional (<http://www.repubblica.it/2008/01/sezioni/esteri/gemelli-nozze/gemelli-nozze.html>), sobre dois gêmeos que, separados logo após o nascimento e sucessivamente adotados por famílias diferentes, casaram-se entre eles ignorando o fato de serem irmãos.

desapareceu qualquer discriminação<sup>265</sup>. Poder-se-ia pensar em um especial tipo de filiação natural para aqueles sujeitos nascidos mediante o emprego da técnica da inseminação artificial. Dúvidas surgem sobre a possibilidade de o doador reconhecer o nascido somente para fins patrimoniais e sucessórios, mas lhe deverá sempre ser atribuído o direito ao reconhecimento<sup>266</sup>.

Sobre as técnicas de inseminação artificial e de manipulação genética é preciso exprimir um juízo não apenas de licitude, mas também de valor. O problema está na individuação dos valores com base nos quais exprimir esse juízo. Não se pode aceitar a comercialização, a patrimonialização destes fenômenos. Deve-se distinguir a satisfação da necessidade de procriar do interesse patrimonial<sup>267</sup>.

Questiona-se se a esterilidade possa ser a única causa de justificação do uso destas técnicas, ou se seu uso possa encontrar razão em uma exigência de pleno desenvolvimento da pessoa e de sua realização. Se a esterilidade representar a única hipótese justificadora<sup>268</sup>, no caso em que não seja demonstrada sua existência, precisaria excluir o recurso às mesmas técnicas: como na hipótese da mulher solteira<sup>269</sup>.

265 Para a atribuição do estado de filho legítimo ao nascido artificialmente durante o matrimônio, v. C.M. BIANCA, *Stato delle persone*, cit., p. 105 s., o qual, porém, mostra-se crítico em relação à previsão de legitimidade do que nasceu por inseminação artificial em um casal não conjugado. Assim é também para T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., p. 25, elemento decisivo para a legitimidade é o vínculo matrimonial; de fato, há quem afirme (A. GORASSINI, *Diritto di famiglia. Casi e questioni*, Napoli, 1982, p. 67) que o que nasceu por inseminação heteróloga poderia ser inscrito no registro de estado civil somente como filho natural reconhecido pela mãe.

266 P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale*, cit., p. 190 s.; ID., *Profili di diritto civile*, cit., p. 157 [trad. bras.: 177]. O direito do pai biológico de reconhecer sua paternidade jurídica (T. AULETTA, *o.c.*, p. 54) pode ser deduzido implicitamente do art. 30 Const., ou fundado também em uma leitura aberta ex art. 2 Const., configurando-se como direito fundamental da pessoa ao reconhecimento jurídico da paternidade biológica. Em uma perspectiva oposta, A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale*, cit., p. 503 s.

267 P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale*, cit., p. 171.

268 O art. 4, § 1, Lei n. 40 de 2004 limita o acesso às técnicas de procriação medicalmente assistida «aos casos de esterilidade ou infertilidade inexplicáveis documentados por ato médico, e também aos casos de esterilidade ou infertilidade de por causa comprovada e certificada mediante ato médico».

269 P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 172 s. Geralmente a tese negativa (v., entre outros, S. LENER, *Per un divieto generale dell'inseminazione artificiale umana*, *Civ. catt.*, 1959, IV, p. 35; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale*, cit., p. 18).



Uma coisa é a mãe ginecológica, outra a mãe genética, outra ainda a mãe psicológica. Em relação a estas diferentes maternidades nem sempre é possível excluir, e a todos os efeitos, uma em favor da outra. É oportuno, também por parte do legislador, uma metodologia mais pragmática, capaz de dar uma resposta a estas diferentes maternidades estabelecendo conseqüências diferenciadas. Uma coisa é o discurso sobre o *an* da inseminação, outra, é aquele sobre as suas conseqüências. Estas não podem ser ignoradas pelo jurista. Mesmo se o *an* não vistas de todo jeito, de maneira a não prejudicar o nascitur.

Não pode passar despercebido o papel de uma série de normas constitucionais (arts. 2, 29, 31 Const.) como parâmetros de juízo que excluem a licitude da hibridação e da clonagem de seres humanos (esta última, expressamente vedada pelo art. 3, § 2, da Carta dos direitos fundamentais da União Européia e pelo art. 12, § 7, L. n. 40 de 2004). É preciso lembrar, também, uma conhecida sentença da Corte constitucional<sup>271</sup>, que considerou o embrião como pessoa e que permite superar um conceito pandectista de capacidade de direito<sup>272</sup>.

Quanto à manipulação genética, nem sempre é possível negar a sua licitude<sup>273</sup>. Quando existir uma necessidade terapêutica, relacio-

A. TRABUCCHI, *Procreazione artificiale*, cit., p. 505) funda-se sobre a relevância primária a ser reservada ao interesse do filho a ser educado por ambos os genitores para fins de um desenvolvimento mais completo de sua personalidade; para um juízo positivo R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale*, cit., p. 635 ss.

270 P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, pp. 173 s. e 175.

271 Corte Const., 8 de fevereiro de 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 117 ss.

272 P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale*, cit., p. 175 s.; v. também ID., *La tutela dell'embrione*, cit., p. 313 s.; para a discussão sobre o ponto v. G. BISCONTINI e L. RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002; IDD. (a cura di), *La tutela della vita nascente. A proposito di un recente progetto di legge*, Napoli, 2003. A tutela do embrião inspira a disposição do art. 14, § 2, L. n. 40 de 2004, que estabelece o veto de produzir mais de três embriões para cada ciclo terapêutico, e prevê que os que foram produzidos sejam implantados contemporaneamente. Neste sentido a nova lei se coliga à L. n. 194 de 1978 sobre o aborto, quando declara que o Estado «tutela a vida humana desde seu início» (art. 1, § 1); o que significa — ou deveria significar — «a partir da fecundação»: assim G. OPPO, *Procreazione assistita*, cit., p. 101.

273 Para as várias posições cf. AA.VV., *Manipolazioni genetiche e diritto*, cit.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Manipolazioni genetiche e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 1 ss.; M. COMPORTI, *Ingegneria genetica*, cit.; P. D'ADDINO SERRAVALLE,

nada à *ratio* do art. 3, § 2, Const., como uma limitação física ou psíquica eliminável e que de fato condicione o pleno desenvolvimento da pessoa, e a situação for relevante nos termos dos arts. 2 e 32 Const., a manipulação genética deverá ser feita, e com coragem, se conseguir evitar um dano certo e grave e possibilitar o desenvolvimento normal, se não mesmo o melhor, da pessoa e sempre que existir a certeza, de um ponto de vista científico, de alcançar um resultado positivo. Causa perplexidade a legitimação de uma intervenção de manipulação genética no embrião toda vez que for possível intervir no homem. É preferível legitimar apenas aquelas intervenções que servem a remover graves impedimentos físicos ou psíquicos<sup>274</sup>. É oportuno evitar qualquer tipificação legislativa. A manipulação não pode chegar à reprodução de seres ideais, nem a novas concepções da raça. Isso significaria dar um passo para trás na história<sup>275</sup>.

273. *Situações individuais e familiares*. — Algumas situações existenciais têm em comum uma estrita conexão entre titularidade, exercício e razões familiares, ao ponto de o *status familiae* — passado, atual ou potencial do sujeito — constituir o pressuposto legitimador<sup>276</sup>. Aqui a referência é àquelas situações que têm em comum a

---

*Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989; ID., *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.

274 A propósito também são importantes as posições adotadas pelo Conselho da Europa que, na recomendação n. 934 de 1982, convida os Estados a inserir na convenção dos direitos do homem o reconhecimento do direito do embrião de ter um patrimônio genético não manipulado, a não ser em hipótese de intervenções terapêuticas, e a resolução da Comissão Wornock na qual o veto de manipulação é previsto apenas depois do décimo quarto dia de vida do embrião, pois é a partir deste momento que inicia a se formar o sistema nervoso (para um comentário v. A. PALAZZO, *Esperienze straniere: raccomandazioni del consiglio d'Europa e prospettive per la regolamentazione in Italia della fecondazione in vitro*, in *Quadrimestre*, 1984, p. 653 ss.).

275 P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale*, cit., p. 177. Emblemático, em propósito, é o art. 3, § 2, alínea b, da Carta da UE (que corresponde ao atual art. II-63 do Tratado que adota uma Constituição para a Europa) onde estabelece «o veto das práticas eugenéticas, particularmente daquelas que têm como finalidade a seleção das pessoas».

276 Também a doutrina que é avessa a reconhecer para os parentes um interesse juridicamente relevante e autônomo destaca que: «Seria de toda sorte interessante ver a afinidade que [...] existe com os 'status' familiares» (D. MESSINETI).