

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: CONFLITO ENTRE DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA *VERSUS* DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE GAMETAS

Vivianne da Silva Arruda¹

Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho²

RESUMO

Na atualidade, a reprodução medicamente assistida se mostra como esperança aos casais, hetero e homoafetivos, que sonham em gerar sua prole, quando está não é alcançada pelos meios naturais. Muito embora o avanço da medicina no campo da reprodução assistida venha se aperfeiçoando ao longo do tempo, tais avanços não foram ainda acompanhados pelo direito. Mesmo diante de tal situação o direito continua silente, persistindo a lacuna normativa no tange a esse tema de grande relevância na sociedade atual. Desta nova forma de “procriar” surgem grandes debates para a sociedade e para o mundo jurídico, diante dos efeitos destas técnicas nas relações familiares. Atualmente, foi delegado aos magistrados, valendo-se dos princípios, decidirem os casos concretos. Dentre os assuntos trazidos pela bioética e o biodireito, trataremos da reprodução humana assistida, no que tange aos efeitos dela no direito de família e de sucessões. Desta forma, o presente artigo visa analisar até que ponto o direito ao sigilo do doador fere o direito a identidade genética, e este fere àquele, para isso, utilizaremos a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Identidade genética. Sigilo do doador de sêmen.

OF ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: Conflict Between Right to Genetic Identity Versus Gametes Donor’s Right to Anonymity

ABSTRACT

Currently, the medically assisted reproduction appears as hope to couples, hetero and homosexual, who dream of generating their offspring, when it cannot be generated by natural means. Even though the advance of medicine in the field of assisted reproduction has been improving throughout the years, the Law has not been keeping up with such advances. Even facing such situation, the Law continues silent, therefore the normative blank persists in this matter of great relevance to the modern society. From this new way of “procreating” comes great discussions to the society and to the juridical world, due to the effects caused by these techniques in the family’s relations. Presently, it has been delegated to the magistrates, by availing themselves of the juridical principles, to decide on the concrete cases. Amongst the subjects brought to light by bioethics and biolaw, we will deal with assisted human reproduction, in the matter of its effects on the family’s relations. Thus, the present article aims to analyse until what point the donor’s right to anonymity hurts the right to genetic identity, and the other way around. To do so, we will use bibliographic and jurisprudential research regarding the subject.

Key-words: Assisted reproduction. Genetic identity. Sperm donor’s anonymity.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: viviannearruda@hotmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: gabybarbalho@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fazer uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca do conflito entre o direito a identidade genética da pessoa concebida através da reprodução assistida heteróloga e o direito ao sigilo do doador, e a lacuna normativa que persiste no ordenamento jurídico brasileiro referente ao tema reprodução humana assistida.

Com a crescente evolução biotecnológica e da engenharia genética, pudemos verificar o avanço da medicina na cura de doenças através de investigação genética, técnicas de clonagem humana, células tronco, técnicas de alteração de sexo, reprodução medicamente assistida, etc. Diante de tais avanços e das questões éticas por ele suscitadas, surge a necessidade de criação de uma ética médico-científica. Surge, então, um novo ramo do saber: a bioética.

Neste contexto, surge o biodireito com o fim colimado de impor limites à liberdade de pesquisas científicas e, assim, evitar o desrespeito ao princípio norteador de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Mas, verificado todo o desenvolvimento da biotecnologia no campo da reprodução humana assistida, indaga-se: o nascido mediante a técnica da reprodução medicamente assistida tem direito a conhecer a sua origem genética? Há a possibilidade do reconhecimento da filiação entre o reproduzido artificialmente e o doador do material genético? Até que ponto pode se proteger o direito ao sigilo do doador?

Num primeiro momento abordaremos o surgimento do biodireito, as questões éticas por ele abordadas e sua repercussão na sociedade atual; bem como trataremos de alguns princípios constitucionais relevantes ao tema ora estudado.

Posteriormente, em ato contínuo, adentraremos aos aspectos da reprodução humana assistida, suas espécies e as questões éticas e jurídicas que delas decorrem. Analisaremos o PL 1.184/2003, em trâmite no Congresso Nacional, que visa regulamentar as questões atinentes a reprodução humana assistida e seus efeitos no que tange ao questionamento ora suscitado.

Já num segundo momento, passa-se a análise do instituto da filiação e do direito a identidade genética. Trataremos, nesse momento, da distinção entre o reconhecimento a filiação e o direito ao conhecimento da identidade genética da criança advinda da técnica de reprodução humana assistida, adentrando, enfim, no foco do trabalho: a possibilidade, ou não,

de a criança nascida através das técnicas de reprodução assistida conhecer a sua origem genética.

Para tanto, o presente trabalho não visa estabelecer uma solução absoluta ou fechada sobre o assunto, mas, apenas elementos que incentivem a sua reflexão e discussão consciente, na tentativa de encontrar um meio que privilegie a aplicação, sempre, do princípio da dignidade da pessoa humana.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao longo do século XX houve uma crescente transformação nos paradigmas médico-científicos, principalmente no que tange a engenharia genética. Dentre os inúmeros avanços acompanhados com o passar dos anos, perceber-se que, em especial, as técnicas de reprodução humana assistida mudaram e se aperfeiçoaram, trazendo várias possibilidades e procedimentos diferenciados para atender as necessidades da sociedade atual.

Novas técnicas que surgiram com o intuito de poder auxiliar os casais que não podem gerar sua prole por meio natural. Hoje, vemos que, embora esse avanço tenha trazido melhorias para a sociedade, há também que se falar nos pontos negativos advindos das relações geradas a partir desses novos desdobramentos nos vínculos parentais, tais como as questões jurídicas suscitadas em virtude desse novo modo de “procriar”.

Embora pouco se tenha conhecimento do campo da bioética, ela surgiu da preocupação em impor limites a esses avanços face ao crescente desenvolvimento das experiências feitas em seres humanos. Não obstante seja inegável que esses experimentos no campo da ciência médica, em busca da criação de novas técnicas e medicamentos que pudessem auxiliar os profissionais da medicina na cura de doenças e consequente melhoria de vida com dignidade para os seres humanos, jamais tais avanços devem surgir à custa do desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Na Grécia Antiga, Hipócrates (460-377 a.C.) em seu discurso já demonstrava preocupação com a ética médica. Embora não existisse a ideia da bioética, o seu juramento é considerado como a “primeira tentativa de normatização da relação entre a prática da medicina e o respeito dos valores da pessoa humana, na atividade voltada à cura das

doenças”³, ou seja, já existia o temor quanto ao desrespeito ao ser humano em nome da evolução da ciência médica.

No século XX, após o período Hitleriano⁴, se viu, diante dos experimentos feitos nos seres humanos nos campos de concentração, que a sociedade não poderia mais aceitar tais abusos aos direitos fundamentais do homem, mesmo que sob o argumento de evolução das ciências médicas em busca do desenvolvimento de medicamentos, tratamentos e terapias para cura de doenças. Como dito anteriormente, tais avanços jamais devem surgir em face da dignidade humana.

Após esse período “negro” da história, vários foram os desenvolvimentos na área da biomedicina. Isto é inegável. Mas pudemos analisar que em inúmeras vezes esse avanço veio à custa do desrespeito a dignidade humana. Podemos citar como exemplo o “caso Tuskegee”⁵, onde se observa mais claramente esse total desrespeito ao ser humano. Entre os anos de 1932 e 1972, foi realizada uma pesquisa iniciada pelo Serviço de Saúde Pública dos EUA em parceria com o Instituto Tuskegee, onde se buscava estudar o avanço natural da sífilis sem tratamento. Na época, a pesquisa foi realizada tomando como “objeto de estudo” homens negros, aos 25 anos ou mais, parte portadora da doença e outra não. Ao longo do estudo, grande parte do seu “objeto” havia morrido em virtude da doença ou de complicações derivadas dela; além de esposas e filhos contaminados.

Diante desse quadro de crescentes experimentos feitos em várias partes do mundo, tonava-se imprescindível a criação de uma ética médico-científica com o fim colimado de evitar abusos contra a dignidade da pessoa humana sob o argumento da evolução científica na área da medicina. Inicialmente o termo bioética foi empregado pelo médico Potter Van Rensseler, da Universidade de Wiscosin em sua obra: *bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, que traduzia uma ideia diversa da consolidada na atualidade. Entendia, portanto, que a bioética seria a ciência da sobrevivência, pois considerava esse novo ramo do saber como “um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.”⁶. Tempos depois, André Hellegers, da Universidade de Georgetown, utilizou o termo para definir a ideia de uma ética médica e biológica. Atualmente, podemos classificá-la como uma ética médico-científica que ultrapassa

³BARRETO, Vicente *apud* GAMA, Guilherme Calmon. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais. (2003, p. 45).

⁴GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais. (2003, p. 45).

⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. (2009, p. 5).

⁶ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. (2009, p. 9).

a relação médico paciente em prol de uma ética que discipline/direcione os avanços tecnológicos, principalmente, na área da saúde.

Neste contexto, surge o biodireito visando estabelecer limites a liberdade científica⁷ com o fim de preservar o ser humano e sua dignidade dos possíveis abusos dessa desenfreada evolução biotecnológica. Assim, embora o biodireito e a bioética mantenham uma relação de compatibilidade, deve haver a juridicização de determinados aspectos da bioética para que não exista um vazio normativo diante dos conflitos intersubjetivos que venham a existir em meio a esse novo contexto biotecnológico.

O biodireito é um microssistema jurídico que traz em seu bojo princípios consagrados constitucionalmente, como: a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a solidariedade, ou seja, os princípios constitucionais devem sempre guiar o biodireito tal como direcionam a bioética, pois a função maior de ambos é a defesa dos direitos fundamentais.

No âmbito internacional o biodireito tem se materializado, em especial, através da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, elaborado pelo Comitê de Especialistas da UNESCO⁸, de modo que se torna instrumento importante para regulamentação das questões atinentes ao crescimento das experiências biotecnológicas, buscando, nessas relações, a concretização dos direitos fundamentais. Neste diapasão, tem-se a importância de legislação específica que discipline o tema. Atualmente se tornou comum, e até mais frequente que há alguns anos, que as mulheres com dificuldades para engravidar e gerar sua prole por meio natural se valha das técnicas de reprodução assistida para realizar seu sonho de ser mãe. Em especial no caso das técnicas de reprodução assistida heteróloga em que o sêmen utilizado é de um terceiro, um doador anônimo. Assim, estamos envolvendo vários princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro: o da mãe em poder gerar um filho; o do doador em ter o sigilo de seus dados garantidos; e, talvez o mais importante, o da criança gerada, que tem direito de conhecer sua origem genética.

No Brasil ainda não há uma lei que regule o tema, sendo delegado aos tribunais decidirem, utilizando-se dos princípios, os casos concretos e, assim, a “regulamentação” do tema se dá, basicamente, através da jurisprudência.

⁷ Princípio consagrado no art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988.

⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais. (2003, p. 55).

Portanto, se mostra de grande relevância a utilização dos princípios para resolução dos temas relacionados às novas formas de constituição da família, as técnicas de reprodução humana assistida.

3 PRINCÍPIOS

Os princípios são a base axiológica⁹ de todo ordenamento jurídico, isto é, constituem o fundamento de justiça e de valores morais que devem orientar e harmonizar a estrutura do sistema jurídico em que estão inseridos.

Pelo grau de generalidade dos princípios esses são, nos dizeres de Maria Berenice Dias¹⁰, “por definição, mandamento nuclear de um sistema”. Assim, fácil se mostra a sua conceituação como fundamento de valores e justiça que preenchem e trazem eficácia as normas constitucionalmente estabelecidas. Diferentemente das regras, que podem ser seguidas ou não. Conforme aduz Daniel Sarmiento, *apud Maria Berenice Dias*¹¹, “se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas”, ou seja, teríamos um sistema jurídico engessado, de modo a não acompanhar as mudanças da sociedade e, bem como, a impossibilidade de resolução dos conflitos intersubjetivos.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a constitucionalização do direito privado, em especial no que tange ao direito de família, de modo a tornar as normas positivadas insuficientes para solução de conflitos intersubjetivos diante dos avanços da sociedade atual. Neste contexto os princípios são postos como normas de aplicabilidade imediata e não apenas informadores valorativos, possibilitando a aplicabilidade dos princípios constitucionais direto ao caso concreto. Contudo, é imperioso ressaltar que todos os princípios, constitucionais ou não, não tem aplicabilidade absoluta, admitindo limitações que não violem seu núcleo essencial¹².

⁹ Etimologicamente, a palavra "axiologia" significa "teoria do valor", sendo formada a partir dos termos gregos "axios" (valor) + "logos" (estudo, teoria).

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias. (2013, p. 61).

¹¹ Idem.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). Direito de Família e das Sucessões. (2009).

Nesse contexto, é possível a colisão de princípios fundamentais no caso concreto, conforme o caso que ora se analisa. Segundo o jusfilósofo Robert Alexy¹³, “nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência”, ou seja, diferentemente das regras, no caso de conflito de princípios um deverá ceder para aplicação de outro, devendo haver o sopesamento de ambos para que se possa aplicar o princípio hermenêutico constitucional da proporcionalidade.

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, constitui como fundamento do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana. Refere-se, portanto, ao princípio maior, ou *princípio dos princípios*, de todo o ordenamento jurídico. É norma-princípio da qual derivam todos os demais princípios que devem incidir nas várias situações oriundas das relações específicas da vida social. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem ter lastro no princípio informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Embora sua definição não se mostre tarefa fácil, vez que sua essência é de difícil tradução em palavras, podemos defini-la na expressão trazida por Maria Berenice¹⁴ que diz que o princípio da dignidade da pessoa humana “talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoção”. A dignidade é um direito preenchido a priori, apenas por existir o ser humano já é detentor.

Neste diapasão, tem-se que, diante da evolução crescente/intensificada da engenharia genética verificada nos últimos anos, todas as suas técnicas devem ter observância no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que não venha a coisificar o ser humano transformando-o em um objeto a serviço da ciência, mas sim, a ciência que deve sempre estar a serviço do ser humano. Assevera Ingo Sarlet, *apud* George Marmelstein¹⁵, que “onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, (...) onde a liberdade e autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. (2008, p. 93/94).

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Revista dos Tribunais. (2013, p. 65).

¹⁵ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. (2013, p. 16).

forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana”. Com efeito, surge o biodireito, com o fim de limitar a liberdade da atividade científica para resguardar a pessoa, o ser humano, a dignidade deste.

Conforme ressaltado no capítulo anterior, das novas técnicas da engenharia genética, como a possibilidade de reprodução humana assistida, nascem outras relações no caso concreto que foge ao bilateralismo médico-paciente. Devem-se observar as questões que envolvem, não apenas a mãe da criança advinda desta técnica, mas também o doador de sêmen e a própria criança. Daí um dos princípios do biodireito, além da precaução, autonomia privada e liberdade, a dignidade da pessoa humana, de modo a preservar o ser humano físico, psíquica e moralmente.

3.2 IGUALDADE

Ao estatuir o princípio da igualdade visou o constituinte evitar discriminações e proporcionar maior aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Em especial, tal princípio, juntamente com o princípio da liberdade, tem maior incidência no direito de família, uma vez que a Constituição trouxe, em diversos artigos, imperativos que visam abolir qualquer tipo de discriminação no seio das relações familiares.

O princípio da igualdade, que orienta o ordenamento jurídico, visa abolir o problema das desigualdades inerentes ao ser humano e a própria sociedade em que está inserido. Embora tenhamos alcançado, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a igualdade formal, ou seja, aquela que está ligada as leis positivadas do nosso Estado, ainda buscamos a concretização da igualdade material, que busca a aplicação do tratamento uníssono de todas as pessoas não apenas no plano formal, mas perante a vida.

Esse princípio, conforme observado, trouxe, e traz, enormes avanços no campo do direito de família, como exemplo, podemos citar a posição que a prole detinha no Código Civil de 1916, onde os filhos eram tratados como legítimos, se adviessem do casamento, ou de ilegítimos, se fossem extraconjugais. Com o advento da Constituição, tais absurdos não foram recepcionados. Entrou em vigor o art. 227, §6º, onde aduz que todos os filhos, havidos

ou não na constância do matrimônio terão os mesmos direitos¹⁶. Atualmente, com as técnicas modernas de reprodução, a igualdade entre os filhos também foi resguardado quando estes não são gerados exclusivamente pelo meio natural (ato sexual), trazendo o legislador a figura dos filhos advindos das técnicas de reprodução homóloga e heteróloga.

O princípio da igualdade impõe uma tríplice finalidade limitadora: ao legislador, ao aplicador e ao particular. Ao legislador, no exercício de suas funções, é vedada a criação de norma que venha a criar flagrantes desigualdades, sob pena de inconstitucionalidade desta; é defeso ao aplicador do direito a interpretação das normas de modo a criar ou aumentar as desigualdades, devendo sempre se utilizar da hermenêutica constitucional para concretização das normas; já no que tange ao particular, este deve abster-se de praticar condutas tidas como discriminatórias ou preconceituosas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente.

3.3 LIBERDADE

Os princípios da liberdade e igualdade, estabelecidos no ar. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988¹⁷ como direitos fundamentais, estão intimamente ligados, pois para que se possa exercer um, o outro deve ser observado. Como magnificamente assevera Daniel Sarmiento¹⁸, “sem o fortalecimento da igualdade, a liberdade não passaria de uma retórica vazia” ou seja, para que tenhamos a concretização da igualdade na sociedade é preciso que todos contribuam para a consolidação da liberdade.

Estatui a Constituição Federal: o homem é livre! Em todo texto constitucional está insculpido o direito a liberdade do homem. Liberdade de consciência e crença, liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de ir e vir; punindo a lei qualquer ato tendente a atentar contra os direitos e liberdades fundamentais¹⁹.

¹⁶ Art. 227, §6º, da Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹⁷ Art. 5º, da Constituição Federal: “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(...)”

¹⁸ Daniel Sarmiento. <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>

¹⁹ Art. 5º, XLI, Constituição Federal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O Código Civil, em seu art. 14²⁰, refere-se à liberdade de disposição gratuita do próprio corpo, entendido como tal também o material genético do indivíduo, seja o sêmen ou o óvulo. O princípio da liberdade diz respeito à autonomia do ser humano, que é livre para fazer suas escolhas de acordo com seus interesses e suas vontades, sem interferência do Estado ou de qualquer forma de Poder.

No que tange a liberdade de disposição do patrimônio genético do indivíduo, surgem dois direitos antagônicos: a liberdade de doar seu material genético e de outro a liberdade de buscar conhecer sua origem genética. O primeiro o faz amparado pelo sigilo que é próprio do doar de material genético e o outro pelo direito de personalidade decorrente lógico do direito a dignidade da pessoa humana.

3.4 INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE

A Constituição Federal, em seu art. 5º, X, estabelece ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pela violação desse preceito. Ou seja, quando verificada a violação, aquele que foi vítima de tal abuso poderá pleitear em juízo a devida indenização. Verifica-se, portanto, que deste princípio decorre o sigilo do doador de gameta (sêmen ou óvulo).

O anonimato do doador de material genético encontra lastro tanto no princípio constitucional da inviolabilidade, quanto no Código Civil e na Resolução do Conselho Federal de Medicina. É resguardado ao doador o sigilo das suas informações como forma de proteger sua intimidade e identidade, para que não gere prejuízos para ele.

Conforme discutido no capítulo referente aos princípios, imperioso se mostra a condição de relatividade dos princípios, constitucionais ou não, podendo haver limitação destes no caso concreto desde que não violem o seu núcleo essencial.

Embora o sigilo ao doador de sêmen tenha preceito constitucional, não se pode negar o direito da pessoa gerada a partir das técnicas de reprodução de conhecer sua origem genética. Ambos direitos garantidos pela constituição: inviolabilidade e personalidade.

²⁰ Art. 14, Código Civil Brasileiro: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Nos casos de conflito entre direitos fundamentais existem princípios que podemos utilizar como parâmetro para verificação de qual deve prevalecer no caso concreto, tais como o princípio da proporcionalidade ou adequação, e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

3.5 AFETIVIDADE

O princípio da afetividade é um desdobramento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Leva-se em conta não apenas a identidade biológica do indivíduo, mas as relações de afeto entre os membros de uma mesma entidade familiar. Podendo ser verificado seu reflexo nos princípios da convivência familiar e igualdade entre cônjuges, companheiros e irmãos²¹.

Embora a palavra afeto não esteja explícita na Constituição, sua essência, verificada não apenas nos preceitos constitucionais, permeia todo o direito de família na atualidade. Diante dos crescentes desenvolvimentos nas questões referentes às novas constituições de entidades familiares, a afetividade demonstra a preocupação do legislador em colocar a *pessoa* acima das questões patrimoniais.

Assim, fácil se mostra a afetividade como nova ordem jurídica da família, atribuindo valor jurídico ao afeto, vez que as novas formas de constituir família avançam com o tempo e o direito deve acompanhar. Desse modo, são reconhecidas como entidades familiares a união estável, a família monoparental e a homoafetiva, todas com algo em comum: os laços são baseados no afeto e na solidariedade.

Diante desse novo modo de constituir família, baseado no afeto, se mostra que na sociedade contemporânea prevalece a máxima pai/mãe é aquele que cuida, educa e dá amor. Podemos verificar, de forma mais clara, a despatrimonialização do direito de família de forma a sempre preservar o ser, a pessoa. Como ensina Jackeline da Silva²², o pai/mãe é aquele que, além de dar amor e carinho, “possui um compêndio de regras formuladas por ele mesmo, só para ter o prazer de ensinar o melhor caminho para o filho”, demonstrando as dimensões buscadas pelo princípio da afetividade nas relações familiares.

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). *Direito de Família e das Sucessões*. (2009).

²² SILVA, Jackeline de Melo da. *Inseminação Heteróloga: Direito a identidade genética x Direito ao sigilo do doador*.

Nos dizeres de Maria Berenice, “a família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais para realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes”²³, ou seja, o princípio da afetividade visa promover a dignidade de cada indivíduo do grupo familiar, promovendo o bem estar físico e psíquico deste.

4 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Na sociedade contemporânea, as técnicas de reprodução humana assistida tem se mostrado um assunto de grande relevância. Hoje as famílias não mais são constituídas apenas a partir do matrimônio, mas também do indivíduo, por si só, que nutre o desejo de gerar sua prole. Assim, a possibilidade de reprodução medicamente assistida trouxe esperança aos casais, hetero e homoafetivos, de realizar esse desejo de constituir sua família, de gerar sua prole.

O século XX foi palco de muitas transformações no campo da biotecnologia. Pudemos acompanhar ao longo dos anos a evolução, em especial, das técnicas de reprodução humana assistida. Em meados do ano 1987 nasce o primeiro bebê de proveta (como era denominado inicialmente) no Brasil, um avanço para a medicina do nosso país. A menina, chamada Ana Paula Caldeira, foi concebida através do método da fertilização *in vitro*. A brasileira nasceu após 06 anos do nascimento de Louise Brown, inglesa, primeiro bebê, no mundo, a ser concebido pela técnica de reprodução humana assistida²⁴. O sucesso destas gestações impulsionou o avanço cada vez mais crescente, e moderno, das técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução assistida nada mais é que o meio pelo qual se unem o gameta feminino e masculino, artificialmente, para gerar um ser humano. Atualmente as técnicas utilizadas são através dos métodos ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*) – *in vitro*, e GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) - *in vivo*²⁵.

No método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) - *in vivo* não há qualquer manipulação externa do material genético, neste caso, o sêmen será introduzido diretamente

²³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. (2013, p. 74).

²⁴ Disponível em: < <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/primeiro-bebe-de-proveta-brasileiro-nasceu-em-7-de-outubro-de-1984-10277302> > Visualizado em: 01 de out. de 2014.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. (2009, p. 543).

na mulher para que aja a fecundação. Já no que tange ao método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*) – *in vitro* há a retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo, com o sêmen do doador, na proveta, ou seja, fora do útero, e só após a fertilização o embrião será transferido para o útero. Este último método será utilizado apenas quando não houver êxito nas demais formas de fertilização.

As técnicas de reprodução humana assistida dar-se-ão quando outros métodos terapêuticos não forem suficientes para solução do problema de infertilidade. Assim, haverá a utilização das formas de reprodução assistida quando, mesmo após tratamento dos problemas do qual resulta a infertilidade²⁶, o casal não conseguir conceber o filho pelo meio natural, o ato sexual. Neste caso, a depender do tratamento proposto pelo especialista médico, que melhor se adeque a situação do casal que não consegue engravidar, a inseminação poderá ser *homóloga*, cujo material genético utilizado para técnica é do próprio marido (companheiro)/esposa (companheira); ou na forma *heteróloga*, quando o material genético utilizado for de terceiro.

4.1 ESPÉCIES

Conforme abordado acima, são espécies de reprodução humana assistida a *homóloga* e a *heteróloga*. São termos jurídicos, inseridos no Código Civil, para diferenciar a reprodução humana assistida realizada utilizando-se apenas do material genético do casal ou quando é utilizado o material de um terceiro estranho a relação.

4.1.1 HOMÓLOGA

Na reprodução humana assistida *homóloga* o material genético utilizado para fecundação, sêmen ou óvulo, será o do parceiro, marido (companheiro)/esposa (companheira). Nesta espécie de modalidade de reprodução, em regra, não há maiores problemas jurídicos.

²⁶ Podemos citar como problemas de infertilidade: a esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.

Não podemos olvidar, contudo, que desta modalidade de procriação também surgem algumas questões ético-jurídicas que não podemos deixar de abordar. O grande impasse encontrado na atualidade diz respeito a reprodução *post mortem*, quando o pai da criança tenha falecido antes mesmo da inseminação. Parte da doutrina²⁷ entende que tal prática estaria ferindo princípios jurídicos importantes, tais como o direito a imagem do *de cujos*, vez que, conforme argumentam, para que haja o procedimento deve haver autorização, não podendo este requisito ser suprido quando um dos doadores estiver morto. Não partilhamos desta ideia. Entendemos que, quando o doador se dirige a Clínica responsável pela coleta/armazenamento do material e feitura do procedimento está consentindo, portanto autorizando, o procedimento a ser feito em sua esposa/companheira.

Embora não tenhamos lei específica que discipline o tema, podemos analisar as mudanças que ocorrem na legislação geral que busca superar algumas questões diante desses novos métodos de procriar. Visando solucionar o problema da discriminação entre os filhos que vigia no Código Civil de 1916, foi introduzido o art. 1.597, do Código Civil de 2002, onde se estabelece que se presumem concebidos na constância do casamento, dentre outros, os filhos havidos através da fecundação artificial homóloga. Fácil prever que não há maiores problemas quanto a isso, vez que a criança carrega toda a carga genética de seu pai e sua mãe, e que, com o advento da Constituição Federal de 1988 é vedada qualquer discriminação entre os filhos, prevalecendo o princípio da igualdade.

4.1.2 HETERÓLOGA

A reprodução humana assistida *heteróloga* é modalidade que deve ser utilizada em último caso, ou seja, quando nenhum outro meio for suficiente para solucionar o problema de impossibilidade de reprodução. Neste caso, o material genético a ser utilizado no procedimento é de um terceiro alheio ao casal. Demonstrando que desta modalidade de reprodução advém maiores problemas jurídicos.

Atualmente, a discussão doutrinária, no que tange a espécie heteróloga de reprodução assistida, gira em torno de questões como paternidade/maternidade da criança advinda desta

²⁷ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. (2009).

técnica, a impossibilidade de manejo de ação negatória de paternidade, gravidez por substituição, etc.

Quando a mulher é casada, e o casal deseja realizar o procedimento de inseminação artificial com o sêmen de terceiro, deve haver a autorização prévia do marido. Pois, conforme assevera o Código Civil, em seu art. 1.597, V²⁸, para que a criança concebida através da técnica de reprodução humana assistida heteróloga seja reconhecida e presumida na constância do casamento, deve haver prévia autorização do marido. Neste caso, uma vez autorizada a inseminação, não poderá o marido manejar ação de impugnação de paternidade.

A gravidez por substituição se dá quando o casal utiliza o útero de uma terceira pessoa para gerar sua prole. Hoje, a gestação por substituição é regulamentada pela Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Nos casos de doação temporária do útero, a resolução veda qualquer tipo de obtenção de lucro em virtude da cessão do útero, exige que a doadora pertença a família do casal (pais biológicos), bem como ressalta que só poderá ser utilizado esse procedimento quando por problemas médicos a doadora genética não possa levar a termo a gestação ou em caso de casais homoafetivos.

Outro ponto bastante questionador que surge diante dessa forma de procriação diz respeito à criança gerada através desta técnica. Pois, o conhecimento da sua origem genética coloca em conflito dois princípios. O princípio da inviolabilidade, base do sigilo do doador de sêmen, e a dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico.

4.2 PRODUÇÃO INDEPENDENTE

Com o acesso a modernas técnicas de reprodução assistida, tornou-se mais fácil a concretização do preceito insculpido na Constituição Federal, em seu art. 226, §7º²⁹, que aduz ser livre o planejamento familiar, pois, como bem assevera Maria Berenice³⁰: “as pessoas tem direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva”.

²⁸Art. 1.597, Código Civil Brasileiro/2002: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

²⁹ Art. 226, § 7º, Constituição Federal 1988: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias. (2013, p. 366).

O planejamento familiar referido no dispositivo citado encontra regulamentação na lei 9.263/96. A lei em comento estatui políticas públicas que visam garantir o direito de todo cidadão ao planejamento familiar, entendendo-se como tal “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação e aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”³¹, ou seja, todo cidadão é livre para planejar a constituição de sua família, sua prole, podendo se utilizar das técnicas de reprodução assistida para a obtenção de tal fim.

A constituição de família, base da sociedade e direito de todos, não pode ser negada a uma pessoa apenas por esta não estar ligada a outra pelos laços do matrimônio. Tal entendimento seria uma maneira de negar-lhe a sua própria dignidade, seria, portanto, negar-lhe os direitos a dignidade humana, a liberdade e igualdade, direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

4.3 PROJETO DE LEI 1.184/2003

Estamos vivendo um momento de crescente transformação nas relações de família, onde o modelo de prole, que antes advinham apenas das relações sexuais de seus genitores, hoje, advém também dos métodos de reprodução assistida e da adoção, momento em que o filho é trazido ao seio da família sem nenhum vínculo de consanguinidade. O direito brasileiro não acompanhou a evolução, persistindo a lacuna normativa que existe no que se refere às técnicas de reprodução humana assistida.

Inúmeros projetos de lei já visaram regulamentar o tema da reprodução humana assistida³², em todos os seus aspectos.

O primeiro projeto de lei tendente a regulamentar o tema foi o PL nº 2855/1997, proposto pelo Deputado Confúcio Moura, que tinha como objetivo dispor sobre utilização da técnica de reprodução humana assistida, como a fertilização *in vitro*, a transferência de pré-

³¹ Art. 1º, Lei 9.263/96: O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

³² PL 120/2003 (2), PL 4686/2004, PL 1135/2003; PL 2061/2003; PL 4889/2005; PL 4664/2001; PL 6296/2002; PL 5624/2005; PL 3067/2008; PL 7701/2010; PL 3977/2012; PL 4892/2012. <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>

embriões, a gravidez por substituição, entre outras. Em 2003, o projeto foi apensado ao projeto de lei nº 1184/2003.

Atualmente tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 1184/2003, proposto pelo Senador Lúcio Alcântara – PSDB/CE, cuja finalidade é estabelecer normas para regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, proibindo a gestação por substituição e as experiências com clonagem. Todas as demais proposições, que visavam estabelecer regulamentação ao tema de diversas maneiras, foram apensadas a esse projeto.

Uma das regulamentações trazidas pela lei é a que diz respeito ao sigilo do doador do material genético, onde, em seu art. 8º, aduz que os estabelecimentos em que essas técnicas são realizadas são obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e receptores conheçam, reciprocamente, suas identidades³³.

Outro ponto de grande relevância trazido pelo projeto é a regulamentação do direito da pessoa gerada a partir das técnicas de reprodução assistida de conhecer sua origem genética. Estabelece o projeto de lei, em seu art. 9º, §1º³⁴, que a pessoa nascida através destas técnicas poderá, a qualquer tempo, ter acesso às informações referentes ao doador, sendo o estabelecimento responsável pelo procedimento, obrigado fornecer tais informações.

5 FILIAÇÃO versus IDENTIDADE GENÉTICA

Por muito tempo a filiação era tida como consequência de vínculo de consanguinidade, quando da relação sexual advinha o filho. Contemporaneamente, a prole não advém apenas da conjunção carnal de seus genitores, mas das técnicas de reprodução humana assistida e da adoção – sendo esta última, forma de filiação derivada, vez que a criança perde o vínculo com sua família original para integrar uma família substituta, demonstrando que o fator biológico perdeu força e não pode mais ser considerado fator único

³³“Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida”.

³⁴“Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça”.

e determinante da filiação. É o que se chama de desbiologização da paternidade³⁵, quando o vínculo de filiação que une pai e filho decorre da afetividade, de uma escolha, e não mais do fator meramente biológico.

Existem três critérios para estabelecer a filiação³⁶: a) critério jurídico-legal, que estabelece a paternidade por presunção; b) critério biológico; e c) critério socioafetivo, que encontra lastro no princípio da afetividade e no melhor interesse da criança/adolescente, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷.

De forma contraditória ao estabelecimento da filiação decorrente da afetividade, a possibilidade de buscar a verdade real se mostra cada vez mais fácil. Hoje, a verdade biológica do ser humano pode ser comprovada por exame laboratorial, não invasivo e com quase 100% de certeza, através do exame de DNA. Isso demonstra a possibilidade de aquele que adveio de técnicas de reprodução assistida, em especial a heteróloga, busque conhecer a sua origem genética.

A busca pela origem genética é o meio pelo qual o indivíduo visa conhecer a sua genealogia, as doenças que porventura possa ser acometido em virtude destas serem hereditária, ou, por mera curiosidade humana, de conhecer o seu pai biológico. A doutrina classifica o direito de conhecer sua identidade genética como um direito de personalidade, individual e personalíssimo, não podendo ser este renunciado pelos pais. Como bem assevera Silvio de Salvo Venosa³⁸, “os direitos de personalidade são os que resguardam a dignidade da pessoa humana”, ou seja, o conhecimento da identidade genética do indivíduo, como direito a personalidade, demonstra a concretização não apenas ao direito a dignidade, mas o direito à vida e à saúde.

Neste contexto, no que tange ao conhecimento da identidade genética, ressalta Pereira apud Jackeline³⁹, que “a consolidação de uma paternidade/maternidade não pode impedir que o filho busque conhecer, inclusive judicialmente, sua genealogia, suas raízes, suas origens, seus antepassados”, ou seja, a constituição de um vínculo de filiação socioafetiva ou legal não é óbice para o reconhecimento do direito da criança advinda das técnicas de reprodução heteróloga conhecer sua origem genética.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. (2013, p. 363)

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon. A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais. (2003, p. 347).

³⁷ LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. (2012, p. 178).

³⁹ SILVA, Jackeline de Melo da. Inseminação Heteróloga: Direito a identidade genética x Direito ao sigilo do doador.

Imperioso ressaltar que a busca pelo conhecimento de sua origem genética e a filiação não se confundem. Pois a filiação, diferente do conhecimento da identidade genética, é relação de parentesco que estabelece direitos e deveres recíprocos entre pais e filho. Deriva de uma relação de escolha.

5.1 JURISPRUDÊNCIA

Conforme já ressaltado ao longo dos capítulos, ainda persiste lacuna normativa a respeito do tema reprodução humana assistida, ficando a cargo dos magistrados decidirem os casos concretos a luz dos princípios constitucionais e gerais do direito.

Ao longo da pesquisa jurisprudencial não foram encontrados muitos julgados acerca das questões que surgem a partir das técnicas de reprodução. Desse modo, destacamos o julgado emanado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁰ em que se discute o registro de uma criança concebida por meio da técnica na modalidade heteróloga. Interessante se faz esse estudo, uma vez que examina tanto a questão do sigilo do doador do gameta, quanto à filiação e o direito a identidade genética.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA.

⁴⁰ Agravo de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013.

Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013)

O caso em análise refere-se a um casal homoafetivo que se utilizou da técnica de reprodução humana assistida heteróloga para gerar sua prole. Diante disso, surgiram três pontos a serem verificados pelo magistrado: o direito da criança de conhecer sua origem genética, a preservação do sigilo do doador de gametas e o vínculo de filiação que seria estabelecido.

No primeiro ponto, entende o julgador que a origem genética é direito personalíssimo da criança, devendo as informações referentes ao doador serem mantidas junto ao estabelecimento que realizou o procedimento. Conforme aduz, deverá ser mantido, junto a clínica, um cadastro com informações referentes ao procedimento de forma a tornar possível o exercício do direito da criança de conhecer sua identidade genética, respeitando os princípios da dignidade e do melhor interesse da criança.

Quanto ao sigilo do doador do material genético, o magistrado se posiciona em conformidade com o posicionamento majoritário⁴¹ da doutrina, onde aduz que a possibilidade da quebra do sigilo tornaria, se não impossível, difícil a prática desta técnica. Pois, diminuiria o “altruísmo” dos doadores por medo de serem responsabilizados pela criança.

Por fim, no que tange ao estabelecimento da filiação, o magistrado se baseou no melhor interesse da criança e no princípio da afetividade, concedendo ao casal o direito de registrar a criança como filha.

⁴¹ Destacamos Guilherme Calmon, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz.

Portanto, fica claro que, diante de tantas discussões, o que prevaleceu foi a consolidação do melhor interesse da criança e a manutenção da sua dignidade, sendo estes estabelecidos, não com o vínculo biológico, mas com a manutenção da criança no seio de uma família que a escolheu e que a “concebeu” em seus corações, com amor e carinho.

6 CONCLUSÃO

Conforme se verificou durante todo o trabalho, as questões atinentes à reprodução humana assistida nos revelam grandes discussões no campo do direito de família, buscando o presente trabalho trazer elementos que nos possibilitem melhor compreensão do tema.

Partindo de um estudo bibliográfico a respeito dos princípios aplicáveis as questões referentes à reprodução humana assistida, verificou-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como base dos direitos inerentes a personalidade e o princípio da afetividade como norteador das relações de família, para a resolução dos casos concretos que surjam a partir desta técnica.

Atualmente muitas pessoas recorrem às técnicas de reprodução assistida para realizar o sonho de ser pai/mãe, de constituir sua família. Isso se dá por vários motivos. Seja por problemas de fertilidade do casal, ou pelo desejo de gerar um filho de forma independente, ou por casais homoafetivos, o que importa aqui é, tão somente, o desejo de constituir uma família e gerar sua prole.

A modalidade de reprodução assistida heteróloga⁴², foco do presente trabalho, é espécie de procedimento em que se utiliza do material genético de pessoa alheia ao casal. Fácil perceber que sobre essa modalidade recai grande parte, senão todas, as dúvidas e discussões acerca do tema reprodução humana.

Destas questões surgem dois lados que sofrem impactos: a criança que advém desta técnica de reprodução e o doador do material genético. Assim, verifica-se que na questão que ora se aborda há o conflito de dois princípios igualmente fundamentais: dignidade da pessoa humana e inviolabilidade. Devendo haver, como aduz Robert Alexy, o sopesamento dos

⁴² Remetemos o leitor para o capítulo 4.1.2.

princípios que se mostram em conflito, no caso concreto, para determinar qual irá prevalecer ao outro.

O sigilo do doador de gametas está amparado pelo princípio constitucional da inviolabilidade, que aduz que a violação deste será passiva de sua devida indenização. Ressaltamos para um ponto bastante interessante trazido pela doutrina acerca do sigilo do doador. Afirmam a doutrina e jurisprudência, como vimos, que a possibilidade da quebra do anonimato do doador traria muitos prejuízos para ele e a consequente diminuição de voluntários “altruístas”, o que dificultaria a própria realização do método. Sendo este o único argumento para o prevalecimento do sigilo.

O direito ao conhecimento de sua identidade genética encontra abrigo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e no direito de personalidade. É de todo compreensível que a pessoa advinda da técnica de reprodução heteróloga tenha interesse de conhecer suas origens, seus antepassados, e a partir daí, conhecer a si mesmo.

Nestes casos, não se busca o estabelecimento de um vínculo de filiação entre a criança e o doador, mas tão somente que a pessoa que vem ao mundo através das técnicas de reprodução heteróloga possa conhecer, por motivo de saúde ou apenas por curiosidade tipicamente humana, sua origem.

Ressalta-se, neste ponto, que o conhecimento da origem genética, por se tratar de direito de personalidade, é intransmissível e irrenunciável, de modo que o único legitimado a postular a quebra do sigilo do doador é a criança advinda das técnicas.

Embora não se discorde totalmente do ponto de vista da prevalência do anonimato, no que tange a inicial diminuição dos voluntários dispostos a doar em virtude do medo de possíveis ações sucessórias ou alimentares, entende-se que este não é motivo suficiente para limitar o direito à identidade genética.

Portanto, nesta problemática em especial, utilizando-se das técnicas de ponderação dos interesses em conflito trazidos pela Constituição Federal, pode-se concluir que a prevalência do direito da personalidade de conhecer sua origem genética seria o mais acertado, vez que seria menos lesivo que a prevalência do sigilo do doador. Ressalta-se, neste ponto, que o direito a personalidade é a própria satisfação da dignidade da pessoa humana, ao passo que no anonimato do doador de gametas, os prejuízos, por assim dizer, seriam menores, já que não

lhe será imputada a paternidade/maternidade, mas apenas a genealogia da pessoa nascida através das técnicas de reprodução heteróloga.

Assim, a prevalência dos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, demonstrado através do respeito ao direito de personalidade, se impõe no caso em tela.

7 REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 8.069 (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Lei 9.263 (1996). **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Brasília: Senado Federal, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2013.

DINIZ, M. H. (2009). **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ, A. C. (2009). **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família - A Filiação e a Origem Genética sob a Perspectiva da Repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (2003). **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 10. ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDICINA, Conselho Federal de. **Resolução CFM Nº 2.013/2013**. Brasília: Publicada No D.O.U., 09 Mai. 2013, Seção I, Pg. 119.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 6. ed. Vol. 05. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). **Direito de Família e das Sucessões**. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70052132370**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013.

FROZZA, Soyane Poletto; OLIVEIRA, Melissa Barbieri. **Direito à identidade genética da criança concebida por reprodução humana assistida**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/soyanepolettofrozzaemelissabarbierideoliveira>>. Acesso em: 14 de out. de 2014.

MORAIS, Germana Oliveira de; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. **O Biodireito Através Do Prisma Do Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana E Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/>>. Acesso em: 17 de ago. de 2013.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **Direitos Da Personalidade Na Reprodução Assistida Heteróloga.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitos_da_personalidade_na_reproducao_assistida_heterologa.pdf>. Acesso em: 31 de jul. de 2014.

SALDANHA, Ana Claudia. **Efeitos Da Reprodução Assistida Nos Direitos Da Personalidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412>. Acesso em: 31 de jul. de 2014.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais Da Liberdade E Da Autonomia Privada.** Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 26 de set. de 2014.

SILVA, Jackeline de Melo da. **Inseminação Heteróloga: Direito a identidade genética x Direito ao sigilo do doador.** Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13192. Acesso em: 14 de out. de 2014.