

A DINÂMICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ANÁLISE DO DIREITO AO ANONIMATO E À IDENTIDADE GENÉTICA¹

Mariângela Costa Souza dos Santos²

Walber Cunha Lima³

RESUMO

Faz-se uma análise do direito ao anonimato do doador frente ao direito à identidade genética, com enfoque no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o eminente risco que esse terceiro doador corre perante a visível insegurança jurídica da atual legislação vigente. Discute-se a eficácia dos métodos legais utilizados para resguardar ambos direitos, investigando as soluções possíveis para o conflito existente entre o conhecimento da origem genética e o anonimato do doador, destacando-se a relevância do Biodireito e da Bioética.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Anonimato do doador. Identidade genética. Biodireito. Bioética.

EL DERECHO AL ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETAS EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDO FRENTE AL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

RESUMEN

Se hace un análisis del derecho al anonimato del donante frente al derecho a la identidad genética, con enfoque en el ordenamiento jurídico brasileño, teniendo en vista el eminente riesgo que ese tercer donante corre ante la visible inseguridad jurídica de la actual legislación vigente. Se discute la eficacia de los métodos legales utilizados para resguardar ambos derechos, investigando las posibles soluciones para el conflicto existente entre el conocimiento del origen genético y el anonimato del donante, destacándose la relevancia del Bioderecho y de la Bioética.

Palabras claves: Reproducción humana. Anonimato del donante. Identidad genética. Bioderecho. Bioética.

¹ Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, como requisito parcial obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: mariangelacostagurgel@hotmail.com

³ Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sonho de gerar um filho existe desde tempos muito distantes, entre fantasias de homens e mulheres, assim, com o instinto animal de preservar a espécie e o da sobrevivência, os homens começaram a sentir a necessidade de se reproduzirem. Neste cenário, a pressão social passa a ter muita influência, no sentido de promover a reprodução para que famílias possam existir como fonte de segurança e sobrevivência. Entretanto, no início da história cristã, quando um casal não podia ter filhos, era interpretado como um sinal de castigo divino e, tal fato, foi indiscutível no período de quase dois mil anos (RICOU, 2000).

Porém, com a influência das religiões, principalmente da Igreja Católica, por meio de seu caráter dogmático, era proibido qualquer tipo de discussão sobre o assunto, visto que, tinham como referência de procriação a Santíssima Trindade. Contudo, já na sociedade contemporânea, a reprodução remete a ideia de felicidade e satisfação pessoal, tendo em vista que os traços individuais do ser humano existem em decorrência da maternidade e paternidade. Desse modo, a descoberta da infertilidade é capaz afetar a estrutura familiar e o equilíbrio do casal, tornando-se assim, também, uma questão de saúde pública e de caráter social. Outrossim, a medicina entende que tal dano vai muito além, por isso, o avanço da ciência evidencia cada vez mais a possibilidade de casais que não conseguem alcançar (por inúmeros motivos) a procriação de forma natural, obterem êxito em seu objetivo (SARMENTO, 1993).

Todavia, é preciso observar que essa busca não pode extrapolar os limites da Ética e do Direito que existem na sociedade. E, consoante a essa afirmação, faz-se necessário uma moderação entre os avanços da medicina e os direitos individuais ou personalíssimos, tornando assim, necessária a ligação entre o Direito e a Bioética. Para o Direito, tal desejo é elencado como o direito ao planejamento familiar, assegurado constitucionalmente a todo cidadão e regulamentado pela Lei nº 9.263 de 12/01/1996, trata-se do princípio da autonomia reprodutiva, que decorre ainda da dignidade, liberdade e privacidade, bem como do direito à saúde (SARMENTO, 1993).

Na Bioética, tal discussão está regida acerca de três princípios: autonomia, beneficência e justiça. Nesse jaez, ao relacionar o Direito e a Bioética, surge o Biodireito, que faz parte da Ciência Jurídica, do Direito. E, sabendo disso, é preciso firmar a

possibilidade da reprodução assistida, que é um meio legítimo que permite substituir e/ou facilitar o processo natural de reprodução humana e que não surge em razão das áreas do conhecimento, mas a partir dos avanços biotecnológicos. A bioética reflete os impactos, enquanto o Biodireito normatiza.

Com isso, o presente estudo tem por objetivo geral analisar a eficácia dos métodos legais utilizados para resguardar o direito do anonimato de um possível doador do material genético em frente a um suposto direito de reconhecimento da origem genética.

Ademais, a pesquisa propõe evidenciar o direito ao anonimato do doador de gametas na reprodução assistida e o direito a origem genética, analisando como ocorre a reprodução humana e seus principais métodos, dando enfoque ao método heterólogo; identificar os efeitos que a reprodução humana assistida pode trazer; e, por fim, investigar as soluções possíveis para o antagonismo existente entre o conhecimento da origem genética e o anonimato do doador.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS

Inicialmente, cumpre enaltecer que, para ocorrer a reprodução humana, é imprescindível que o casal esteja em condições de manter um ciclo reprodutivo completo, isto é, o desenvolvimento de todas as etapas reprodutivas necessárias para obter a fecundação. Entretanto, há situações em que o processo natural de fecundação não ocorre (por inúmeros motivos), e assim, logo surge a necessidade de utilizar técnicas médicas para que o sonho de ter um filho seja devidamente alcançado (LEITE, 1995).

O supramencionado procedimento é um conjunto de operações para unir os gametas femininos e masculinos, artificialmente, dando origem a um ser humano. (DINIZ, 2002). Este tem duas hipóteses: reprodução assistida homóloga ou heteróloga. Na primeira, o material biológico utilizado para que ocorra a fecundação é do próprio marido ou companheiro, ou seja, a paternidade biológica irá coincidir com a paternidade sócio afetiva. (DINIS, 1992). Enquanto na segunda, heteróloga, advém quando o espermatozóide ou o óvulo utilizado provém de um terceiro doador; nesses casos, são chamados de doação de gametas, de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina, n.º 1.358/92, em seu item IV. (CFM, BRASIL). Ainda, essa pode ser classificada em: unilateral (material genético de um doador) ou bilateral (material genético de dois doadores ou doação de embrião).

Na ótica de Séguin, a reprodução assistida justifica-se como:

A reprodução assistida é um mundo novo, onde os portais do Direito tradicional foram ultrapassados, sem esquecer que o planejamento familiar é uma livre decisão do casal e deve estar fundamentado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. (art. 226, § 7º, CRFB/88) (SÉGUIN, 2005, p. 117).

A Constituição Federal de 1988 admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar os recursos educacionais e científicos para o seu exercício. E mais, a Constituição não se satisfaz em declarar livre o planejamento familiar, pois veda qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas (SILVA, 2005).

A utilização das técnicas de reprodução assistida foi assimilada por nossa sociedade, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e da saúde de inúmeras mulheres e homens que encontram nelas a esperança de construir uma família com prole própria.

3 UMA ABORDAGEM AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A REPRODUÇÃO POR MEIO HETERÓLOGO

No decorrer da história do constitucionalismo os direitos fundamentais sofreram modificações, fazendo surgir novos direitos como fundamentais aos indivíduos. Por consequência disso, a doutrina classificou os direitos fundamentais de acordo com o momento em que foram reconhecidos como tais pelo constituinte. Hoje em dia é considerado existente quatro dimensões/gerações de direitos fundamentais.

Welter discorre acerca das quatro dimensões dos direitos fundamentais:

[...] a primeira, ocorrente na primeira metade do século XIX, refere-se aos direitos e liberdades individuais (como a liberdade de religião, de consciência, de circulação, de expressão, o direito de propriedade e da inviolabilidade de domicílio); a segunda, situa-se na segunda metade do século XIX, e protege os direitos coletivos (direito de

reunião, de associação, de greve, à participação política, o sufrágio universal e de criação de partidos políticos); a terceira geração de direitos surgiu na primeira metade do século XX, atinente às questões sociais, econômica e cultural (direito ao trabalho, à saúde, à habitação, à educação, ao acesso à cultura e ao lazer); a quarta e mais recente dimensão de direitos ocorreu no final do século XX, relacionada com os progressos da ciência médica (engenharia genética, patrimônio genético) e de solidariedade entre os povos (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade) (WELTER, 2003, p. 80-81)

Em síntese, a primeira dimensão remete aos direitos e liberdades individuais, que exigem uma renúncia do Estado em defesa da individualidade das pessoas, correspondentes aos direitos políticos e civis. A segunda dimensão se refere ao ideal de igualdade, protegendo os direitos coletivos onde o Estado visa assegurar o mínimo de igualdade em favor dos desamparados, correspondendo aos direitos sociais culturais e econômicos (salário mínimo, condições de trabalho, etc). A terceira dimensão diz respeito às questões coletivas de interesses mais prolixos, ou seja, a preocupação não é mais quanto ao homem individualmente considerado, mas com os bens coletivos difusos tais como a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio cultural e a paz. Já a quarta dimensão, que é a que mais importa para a presente pesquisa, ainda não é reconhecida por todos os doutrinadores, ela é ligada aos progressos da ciência médica e de solidariedade entre os povos.

Os direitos fundamentais passaram a não englobar apenas a liberdade individual, como também a cobrar uma postura positiva do Estado. Dessa forma, as gerações de direitos mais antigos passaram a se unir com as mais novas, fazendo com que o Estado se torne mais presente na economia, cultura e sociedade, deixando de lado sua característica meramente voltada a liberdade individual.

Foi buscada com a nova tecnologia a humanização do progresso científico com elaboração de normas voltadas a valores éticos, onde estivessem em sintonia com a atual ordem social. Foi dado conteúdo aos direitos humanos quando os direitos sexuais e reprodutivos ganharam espaço neste âmbito.

Com isso, o estado Democrático de Direito sofreu mudanças, fazendo com que a constitucionalização dos direitos da pessoa também sofresse alterações. Isso tem

por base o conceito liberal baseado no individualismo, passando para compreensão da pessoa em um contexto social, onde não há a possibilidade de alguma autoridade pública poder desrespeitar as regras e princípios constitucionais (MARTINELLI, 2011).

De acordo com Lorhainy Ariane Lagassi Martinelli (2011), tanto os filhos biológicos quanto os socioafetivos estão exercendo na Constituição Federal de 1988 o mesmo patamar. A Constituição fala sobre os direitos reprodutivos direta e indiretamente, protegendo vários direitos, como a saúde à gestante e a família, que estão ligados aos direitos reprodutivos. Ao dizer expressamente em seu art. 266 que a família é a base da sociedade brasileira e que é dever do Estado protegê-la, a Constituição Federal de 1998 assume a responsabilidade de dar respaldo a um bom desenvolvimento familiar incentivando sua formação. Há princípios constitucionais que regem todas as relações familiares, como a dignidade da pessoa humana, planejamento familiar, a paternidade responsável, direito a filiação, etc. Há liberdade para procriar, cabendo ao homem e a mulher reger seu núcleo familiar.

O planejamento familiar é direito fundamental da família, previsto no artigo 226, parágrafo 7º da CF, que reza:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na 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 das instituições oficiais e privadas” (BRASIL, 1988).

Portanto, há previsão legal expressa referente ao planejamento familiar. Cabe ao casal decidir se recorrerão ou não aos métodos reprodutivos. O indivíduo tem o direito de escolher os meios razoáveis para planejar sua vida reprodutiva, desde que os meios para tal sejam considerados seguros e esta opção deve ser feita com clareza, por isso a importância de ser dado ao casal todas as informações.

A Lei n.º 9263/96, define planejamento familiar em seu 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” (BRASIL,1996).

É um ditame constitucional que todos possuem a livre escolha de seu planejamento familiar. O direito de gerar um ser humano tem a necessidade de ser respeitado, por mais que seja por meio de técnicas medicamente assistidas. É inerente ao planejamento familiar. As pessoas possuem liberdade ampla para ir em busca da concepção, assim como também para ir em busca de métodos para que ela seja devidamente evitada.

A lei 9.263/96 em seu artigo 9º caput e parágrafo único, diz que:

“Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. “A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia” (BRASIL,1996).

Nesse sentido, entende-se que a escolha das técnicas conceptivas não é ilimitada, pois deverá preencher certos requisitos para recorrer a reprodução medicamente assistida. Tais como a esterilidade absoluta para ser possível valer-se da técnica heteróloga.

A paternidade responsável, no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 pôs um fim à supremacia da paternidade biológica:

“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” (BRASIL, 1988).

A investigação da paternidade biológica não pode vir a contraditar a paternidade socioafetiva, pois esta serve melhor aos interesses da criança concebida mediante método de reprodução heteróloga. O princípio do melhor interesse não é expresso nas leis brasileiras, até porque por ser um princípio é repleto de indeterminações e generalidades devido a seu alto grau de abstração. Mesmo assim, é aplicado no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que é abarcado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989, na Assembleia Geral das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança revela a importância da infância no seio da sociedade. Cada país signatário deve garantir o mínimo de direitos às suas crianças. O Congresso Nacional brasileiro aprovou a referida Convenção pelo decreto legislativo nº 28/90, tendo sua promulgação regulada pelo decreto 99.710/90 (MARTINELLI, 2011).

O melhor interesse da criança, como princípio geral, não é encontrado de forma expressa na Constituição Federal de 1988 ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, sustentando a doutrina especializada ser ele inerente à doutrina da proteção integral (GONÇALVES, 2011).

E, por ser criança, além de ser coberto pelos direitos que pertencem a qualquer cidadão, ainda possui uma tutela especial, onde é claro que é necessária mais proteção do Estado. O Estatuto da Criança e do Adolescente diz que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Com a existência de um terceiro doador anônimo, é importante questionar se há a necessidade da criança ter acesso a sua identidade genética, ou seja, de conhecer sua ascendência. Com a nova visão da família afetiva, a identificação da identidade do doador de sêmen se torna algo ultrapassado, porque se ela for consentida, o pai socioafetivo (que consentiu com a doação) não terá a segurança psicológica ao constituir sua família. O ambiente em que a criança nascerá precisa ser coberto de segurança de pessoas que a desejam, enlaçado por uma convivência plenamente saudável, tendo assegurado o seu bem estar. Os princípios bioéticos

(autonomia, beneficência, não maleficência e justiça) precisam ser respeitados e levados em consideração nas políticas de reprodução assistida. É preciso exercer a paternidade responsável de forma coerente, onde o principal não é o aspecto biológico, mas sim a estrutura de uma família que lhe dê garantia de um bom desenvolvimento com afeto e segurança.

4 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerando o dissenso existente entre os direitos em debate, o anonimato deve recair para ambos os lados, onde o(a) doador(a) jamais terá a possibilidade de postular direitos ligados à maternidade ou paternidade, não podendo imputar os deveres impostos à figura do pai ou da mãe. Destarte, os filhos gerados por meio da reprodução assistida heteróloga, não podem, também, exigir a satisfação de sua necessidade, sequer pleitear participação na sucessão de bens.

Outrossim, precisamos atentar para o fato de que os doadores também não podem ajuizar uma ação de alimentos contra os “filhos” nascidos pelo procedimento, de acordo com a resolução N° 2121 do Conselho Federal de Medicina, tendo em vista que a doação é ato unilateral da vontade de doar o material genético. Ou seja, isso quer dizer que ele (a) renuncia tacitamente a paternidade/maternidade (CFM, 2015).

Em defesa disso, Paulo Eduardo de Oliveira Leite diz que o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação. (LEITE, 1995).

Em sequência, pode-se verificar no art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, ainda, que:

“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. (BRASIL, 1988)

E isso, mais uma vez, não inclui os filhos nascidos por reprodução assistida, intentando que esse terceiro não é pai ou mãe, é apenas um mero doador, não caracterizando filiação, por mais que tenha o mesmo material genético.

De acordo com a Resolução 2.121 do Conselho Federal de Medicina, IV, o sigilo da identidade do doador do material genético só pode ser quebrado por ordem judicial, em situações de relevância. Nesses casos especiais, as informações serão fornecidas em hipóteses de doenças, dependendo de requisição médica, as quais são passadas, exclusivamente, para os profissionais da área, ora, quem requereu, preservando a identidade civil do doador. Ou seja, é possível afirmar que ainda assim, o sigilo de sua identidade será conservado. Portanto, mesmo com o art. 1.597 do Código Civil (BRASIL, 2002) afastando a ideia de que o doador do material genético seja pai com o fundamento de que a paternidade socioafetiva é legítima e codificada, onde esta ultrapassa a biológica, o conessor ainda tem sua garantia prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº 2.121/2015 (CFM, 2015).

O sigilo é a única forma de garantir a integridade da família e o desinteresse do referido.

A importância do princípio do anonimato deve sempre ser reforçada, porque deve-se considerar o direito à confidencialidade à informação genética, que diz caber ao indivíduo o direito de determinar as circunstâncias em que devem ser reveladas as suas informações genéticas e a quem deve revelar-se (BERGEL, 1999).

5 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Antes de tudo, é preciso desmistificar o que é o direito ao reconhecimento a parentalidade e o direito ao conhecimento da origem genética/biológica. O primeiro se refere ao direito da personalidade que tem caráter absoluto e oponível a todas as demais pessoas, já o segundo emerge das relações de família. Os direitos da personalidade são considerados inatingíveis e indisponíveis e, por isso, tem como característica a singularidade, fazendo parte da qualificação jurídica da pessoa em si (LÔBO, 2016).

Por essa razão, possui como requisitos a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, de acordo com o art. 11 do Código Civil:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2002)

Nos direitos de personalidade, podemos encontrar o direito à identificação pessoal, que significa a identificação que vêm da natureza humana, com as características irreduzíveis do corpo, da mente, dos modos de expressão, além da origem genética de cada pessoa, que é o que estamos tratando.

Em contrapartida, o direito à parentalidade (inclusive o da filiação), não tem origem por meio da natureza humana. Sua natureza é cultural. Seu objeto é certificar a integração de uma pessoa em determinado grupo familiar. Dessa forma, nem sempre a parentalidade e a filiação têm origem biológica. Porém, qualquer pessoa tem direito a conhecer sua origem biológica, ainda que não implique atribuição de parentalidade. Pouco importa sua motivação, seja para satisfazer o anseio humano de saber de quem veio, seja para assegurar o direito à saúde (e a vida), para prevenção de doenças geneticamente transmissíveis (LOBO, 2016).

Outrossim, com relação a reprodução humana assistida e o direito a origem genética nesse caso, há a existência do Projeto de Lei 1.184/2003, que assegura ao filho concebido pelo método heterólogo o direito à identidade genética, bem como o acesso à identidade civil do doador do sêmen.

PROJETO DE LEI 1.184/2003:

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.

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 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2003)

Dessa forma, encontramos uma grande insegurança jurídica no que tange os dois direitos (origem genética e anonimato do doador de gametas) discutidos no presente trabalho, pois ora é assegurado um direito pelo Projeto de Lei 1.184/2003 e ora outro pela Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

6 COLISÃO DE DIREITOS: ORIGEM GENÉTICA E O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS

A reprodução humana assistida heteróloga, que é o enfoque do presente trabalho, só ocorre com a doação do material genético do doador, ou seja, quando o material não é do casal, tendo em vista que de forma natural a fecundação do embrião não seria possível. Isso significa que, aqueles que não têm a ideia de ser pai ou simplesmente querem ajudar, podem contribuir de forma generosa com aquelas pessoas que sonham com essa ideia e não podem realizá-la por algum motivo. Entretanto, para gerar interesse e para que isso ocorra de forma segura, é atribuído a esse terceiro a garantia do anonimato. Por outro lado, quem nasce por meio dessa reprodução tem privação de conhecer sua identidade genética (caso queira), ferindo o princípio da dignidade humana, tendo em vista que o direito à investigação da identidade genética traduz-se verdadeiramente no exercício pleno do direito da personalidade do indivíduo (BACELAR; ARAUJO, 2014).

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 asseguram 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, 2007).

Contudo, para a submissão às técnicas reprodutivas, há o consentimento de todos os envolvidos no projeto parental, devendo o consentimento ser livre, esclarecido, escrito e expresso (SCALQUETTE, 2009).

Hodiernamente, o doador de gametas tem direito ao anonimato, previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina N° 2121/2015. (CFM, 2015)

Com esta resolução, o doador passa a não ter sua identidade civil revelada, em razão da intenção de quando uma pessoa doa seu material genético, pois o faz na perspectiva de total ocultação de sua identidade. É importante lembrar ainda que a prática da doação de gametas é atividade lícita e válida desde que não tenha um fim lucrativo ou comercial, de acordo com o art. 199, § 4 da Constituição (BRASIL, 1988).

Sendo assim, não será atribuída maternidade ou paternidade, nem mesmo qualquer tipo de responsabilização a esse terceiro. Com isso, o princípio da inviolabilidade da intimidade do doador é visto como princípio base e de extrema necessidade na reprodução humana assistida heteróloga.

O anonimato é a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento e sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato (LEITE, 1995).

Portanto, Eduardo de Oliveira Leite (1995) defende o direito ao anonimato, ainda aduzindo que se for revelada a identidade do doador, este pode pedir uma reparação civil aos responsáveis pelos danos gerados a ele. O anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação.

É possível identificar que há o direito ao sigilo do terceiro que é doador, visto que este ser assegurado, também, com base no princípio da inviolabilidade da intimidade da vida privada, conforme dispõe o art. 5º, inciso X da Constituição Federal:

X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 1988)

A sigilosidade da identidade das partes envolvidas é uma regra, mas percebe-se exceções.

O sigilo da identidade dos doadores e receptores é absoluto, somente poderá ser autorizado o fornecimento de informações disponíveis do doador, unicamente e exclusivamente aos médicos, e por razões médicas.

É importante destacar que a polêmica sobre a reprodução assistida envolve seres humanos dotados de sentimentos e localizados entre uma linha muito tênue entre eles, tendo consequências morais, sociais e psicológicas para ambos os lados. O fato é que, de toda forma, a quebra de sigilo afetará a intimidade, privacidade e honra do doador, assim como afetará os direitos do infante advinda por essa forma de reprodução. Por se tratar de direito indisponível e personalíssimo do infante é de se resguardá-lo, não em detrimento do outro, mas de forma a preservar ele e o seu genitor.

Em contrapartida, existem algumas teses que defendem o anonimato. A principal diz que a quebra desse sigilo pode afetar o indivíduo que foi gerado por meio do procedimento, tendo em vista que abalaria a base familiar com a ideia de ter dois pais, um biológico e outro sócio-afetivo. Já outra utiliza o argumento de uma lacuna legislativa no que diz respeito aos direitos sucessórios, assim como a violação de privacidade. Deste modo, é plenamente entendido que o sigilo é uma garantia para ambas as partes, pois nenhuma delas deve ser perturbada por pleitos da outra. As próprias teses que defendem o anonimato, acabam, sem querer, também defendendo o sigilo; porque dessa forma qualquer conflito futuro poderia ser evitado. O sigilo sobre a identidade civil dos doadores e dos receptores deve ser absoluto.

Outro ponto importante que precisa ser discutido é a situação de consanguinidade nos relacionamentos futuros, através do envolvimento de irmãos consanguíneos gerados por material genético de um mesmo doador anônimo. Pensando nisso, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.358/92 (CFM, 1995) definiu que na região de localização da unidade receptora, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes. Ainda, não é permitido que qualquer integrante da equipe multidisciplinar que prestou serviços na clínica participe como doador nos programas de reprodução assistida (RICOU, 2000).

Tendo em vista que existe o direito de privacidade, escolha individual e liberdade de vontade, e por outro lado um desejo incontável por meio dos receptores para serem

pais e mães com a figura dos doadores de material genético que, numa atitude de total desprendimento, querem oferecer seus gametas sem intenção de assumir a paternidade, ocorre a reprodução assistida. Os doadores querem apenas propiciar aos receptores a oportunidade de terem seu sonho realizado. Todas as informações do processo são reveladas ao casal receptor, desde aspectos técnicos, éticos, legais, psicológicos e até sociais, para que com seriedade os sujeitos tenham um consentimento livre e bem informado. Conforme a capacidade de entender e decidir com sua voluntariedade, os sujeitos tomarão suas decisões a favor do plano, autorizando através da assinatura do termo, ou decidindo em desfavor, diante do entendimento conseguido e, ainda, de sua voluntariedade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Dessa forma, diante dos inúmeros casos onde os frutos de inseminações artificiais heterólogas têm interesse em conhecer suas origens genéticas e dão de encontro com a legislação que corrobora com o anonimato do doador genético da reprodução humana assistida, despertou-se a motivação para investigar o que acontece depois disso. Já que ambos direitos são acolhidos pela legislação brasileira, qual é o direito que deve prevalecer: o direito a origem genética ou o direito do doador do material genético na reprodução humana assistida?

7 LIMITAÇÃO DE DIREITOS NO QUE TANGE AO ANONIMATO DO DOADOR E À IDENTIDADE GENÉTICA DO INFANTE

Conforme se verifica no presente trabalho, os direitos em debate sofrem colisão ao garantir à criança o direito de investigação de sua filiação e ao assegurar o anonimato do doador de gametas para fins de reprodução humana assistida. Entretanto, o judiciário está sujeito a receber demandas desta espécie e, como consagrado no Novo Código Processual Civil, nos termos do art. 140, o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Com relação ao tema em questão, o ordenamento jurídico brasileiro não se posicionou. Dessa forma, caberá ao judiciário apresentar a solução nos casos concretos. Por mais que alguns autores defendam o direito a origem genética, outros defendem o direito ao anonimato.

Queiroz (2001, p. 126 apud GREUEL, 2009) discorre acerca do assunto: “A supressão do anonimato, ao revelar-se à criança a sua origem genética, instauraria

uma situação ambivalente, com a descoberta de uma multiparentalidade, o que só geraria conflitos altamente prejudiciais à pessoa”.

O conhecimento da sua identidade genética causaria à pessoa prejuízos pessoais, diante da presença, em tese, de dois vínculos, o biológico e o afetivo, por exemplo. A origem do indivíduo não se limita a sua identidade genética, mas no seu desenvolvimento afetivo e este deverá ser prevalente (QUEIROZ, 2001, p. 126 apud GREUEL, 2009).

Analisando o confronto entre o anonimato do doador e o direito à identidade genética, não se pode, portanto, reconhecer o direito ao conhecimento dos genitores como fundamental ao ser humano, no caso em questão (QUEIROZ, 2001, p. 126 apud GREUEL, 2009).

Em casos de omissão na legislação, o direito deve buscar o equilíbrio das relações e de garantias a todos os envolvidos. Pode-se dizer que tais garantias não são absolutas, sobretudo quando postas em confronto. No caso dos direitos em análise, a mediania é fundamental. A busca pelo meio termo é de suma importância para que os direitos sejam garantidos. Para serem assegurados todos os direitos, sem ferir totalmente os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, o infante só poderá investigar a filiação quando atingir a maioridade, isto porque, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o menor será representado ou assistido em juízo por seu representante/assistente legal. Uma vez que os pais declaram que jamais irão investigar a real filiação, a busca pela identidade genética ainda na menoridade é inviável e impossível, vez que somente a criança pode exercê-lo.

Quanto ao doador, deixá-lo sem nenhuma proteção seria injusto, tendo em vista que permitir a ampla e ilimitada investigação pela real filiação, bem como conceder o reconhecimento jurídico da filiação, é colocar em perigo todo o processo de reprodução assistida, porque irá dificultar doações futuras, o que tornaria instável a garantia de sigilo.

Outrossim, caso seja de seu interesse, o terceiro doador poderá manter o relacionamento com a criança. Caso não queira, não se pode obrigar que este convívio ocorra, até mesmo nos casos de paternidade/maternidade biológica, à luz do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Desta forma, o doador poderia ingressar com medida judicial para coibir os

incômodos e lesão à intimidade e vida privada, haja vista a insistência de aproximação de um indivíduo para com outro.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa mostra, nitidamente, que o avanço da biotecnologia afeta não só o ordenamento jurídico, como também a vida das pessoas. Tendo em vista tal avanço, a preservação e melhoria da qualidade de vida desses indivíduos começam a ter um forte aumento. Outrossim, também surge muita polêmica, por se tratar de direitos que ainda sofrem diversas lacunas legislativas. Diante do exposto, fez-se uma análise do conflito existente entre o direito do anonimato do doador do material genético e o direito a origem genética, no contexto da reprodução humana assistida.

Foi dado enfoque ao método heterólogo, quando os casos onde outros métodos terapêuticos não são mais possíveis. O método heterólogo advém quando o espermatozóide ou o óvulo utilizado provém de um terceiro doador (nesses casos, são chamados de doação de gametas), sem interesse em criar vínculos com o indivíduo a ser gerado, sejam estes afetivos ou patrimoniais. Além disso, sabendo que a socioafetividade possui forte relevância jurídica nas relações familiares, foi discutida a questão da filiação, como também a relativização dos direitos fundamentais com o objetivo de sanar essa colisão de direitos.

Foi identificada também a distinção de posicionamentos entre o Projeto de Lei 1.184/2003, que assegura a criança concebida pela técnica da reprodução assistida heteróloga o direito à identidade genética, como também o acesso à identidade civil do doador do sêmen, e, a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que garante o anonimato do doador do sêmen.

Por fim, o presente trabalho evidenciou a limitação de direitos, explicitando também que nesses casos de omissão na legislação, o direito deve buscar o equilíbrio das relações e de garantias a todos os envolvidos. E, tendo em vista que as garantias não são absolutas, sobretudo quando postas em confronto, é imprescindível a mediania. No caso dos direitos em análise, a busca pelo meio termo é de suma importância para que os direitos sejam garantidos.

REFERÊNCIAS

BACELAR, J. A. F.; ARAUJO, G. N. S. Direito fundamental à identidade genética. In: Balhe, Maurício Sullivan. (Org.). **Os desafios jurídicos do século XXI**: em homenagem aos 40 anos do curso de direito da unama. 1 ed. São Paulo: PerSe, 2014, v. 1, p. 178-192.

BARBOSA, Heloisa Helena. **Reprodução assistida e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 206.

BEAUCHAMP T.L.; CHILDRESS J.F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Ed. Loyola; 2002.

BERGEL, S.D. Bioética, genética y derechos humanos: la declaración de la UNESCO. **RevBioética**. 1999; 7: 165-78.

BRASIL. **CÓDIGO CIVIL DE 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**, Câmara dos Deputados, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

_____. **LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

_____. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 de out. de 2018.

_____. **PROJETO DE LEI Nº 9.394**. Regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no organismo de mulheres receptoras, em junho de 2003. Presidência da Senado Federal. Brasília, DF.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **RESOLUÇÃO N.º 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 25 de set. de 2018.

_____. **RESOLUÇÃO N.º 2.023/2013**. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos ético-profissionais e o rito dos julgamentos

nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2023_2013.pdf>. Acesso em: 25 de set. de 2018.

_____. **RESOLUÇÃO N.º 2.121/2015.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em 25 de set. de 2018.

DINIS, Joaquim José de Souza. **Filiação resultante da fecundação artificial humana – Direito de família e do menor:** inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. Coord. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade:** relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

GREUEL, Priscila Caroline. Doação de material genético: confronto entre o direito ao sigilo do doador, direito à identidade genética e eventual direito de filiação. In: **Revista Jurídica - CCJ/FURB.** ISSN 1982 - 4858 v. 13, nº 26, p. 105 - 126, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1888/1253>>. Acesso em: 22 de out. de 2018.

GONÇALVES, Camila J. M. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 236, p. 161-182, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao conhecimento da origem genética diferente do direito à filiação. In: **Conjur**, 14 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao#autor>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

MARTINELLI, Lorraine Arianne Lagassi. Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916>. Acesso em: 10 de nov. de 2018.

RICOU, M. Inseminação artificial com recurso a doação de gametas: implicações psicológicas. In: Nunes R, Melo H, editores. **Genética e reprodução humana**. Coimbra: Gráfica Coimbra Ltda. 2000. p. 133-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-08032010-095921. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/pt-br.php>>. Acesso em: 12 de nov. de 2018.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.