

VIVIANE FERREIRA DA SILVA

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA:
inviabilidade do exercício do direito a identidade
genética**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC / MINAS GERAIS

2010

VIVIANE FERREIRA DA SILVA

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: a
inviabilidade do exercício do direito a identidade
genética**

Monografia apresentado à banca examinadora do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Alessandra Dias Baião.

FIC / CARATINGA

2010

"Clame a mim no dia da angústia; eu o livrarei, e você me honrará." (Salmos 50:15)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado força para realizar esse trabalho em um momento tão difícil da minha vida. Por ter me pegado pelas mãos e levantado nas vezes que cai e pensei em desistir, por ter me dado condições de realizar esse curso que aos meus olhos parecia impossível. Agradeço a Ele por ter me dado força para chegar até o final.

A professora Alessandra por ter aceitado esse desafio e quando pensei em adiar a concretização desse sonho, demonstrou acreditar em mim e compartilhou toda sua sabedoria.

Aos meus colegas de trabalho em especial ao departamento FINANCEIRO que me deram todo apoio e demonstraram acreditar em mim, aos funcionários da coordenação, da recepção e biblioteca.

Aos companheiros de sala, que de perto ou de longe, travaram a mesma batalha sem olhar as circunstâncias, e seguimos ao destino.

Ao professor Claudio Leitão, Silvana, Roberto Fully e Cintia, que me deram condições de manter meu emprego na instituição para que eu pudesse prosseguir lutando por esse sonho de me formar.

A minha querida mamãe, que quando eu chorava pensando que não ia conseguir, me acolheu nos braços com toda sua sabedoria divina me dando força para prosseguir. Ao meu pai, que mesmo sendo rude comigo me apoiou e me deu palavras de conforto quando me sentia isolada.

Ao meu querido irmão Filipe, que se orgulhou de mim, e que nesse momento está passando por um estado de saúde delicado, mas que mesmo assim não deixou de demonstrar seu apoio e seu carinho por mim.

Ao meu esposo, que eu amo tanto, que nos momentos que eu desviava meu foco me chamava atenção para que eu direcionasse meu caminho novamente, por me apoiar e me acolher nos braços nos momentos difíceis da minha vida, por me amar tanto, e por ser pai do meu filho.

Aos meus tios que acreditaram em mim, em especial Tia Sirlene, Tia Eloinda, Tia Dulcinea, Tio Lindomar, Tio Pedro, Tio Cezar, quem me apoiaram e acreditaram em mim.

Por fim, a todos, que por ação ou omissão, contribuíram para minha vitória.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo tratar da reprodução assistida heteróloga e a inviabilidade do exercício do direito a identidade genética. A reprodução heteróloga nada mais é que a técnica de reprodução que se utiliza de sêmen doado por terceiro. Por se tornar tão procurado esse método de reprodução, o ato de procriação acabou por se separar do ato da paternidade em si. É nesse momento que entra a discussão do exercício do direito a identidade genética pelo filho inseminado. Ocorre que, há conflitos de direitos entre o fruto do doado e o doador. De um lado, a pessoa fruto da inseminação artificial com o direito de conhecer sua origem genética, do outro lado, fica o doador com o direito a preservar sua identidade e a sua intimidade. Sabe-se que os dois direitos são protegidos pela Constituição. Porém esse é um assunto que não pode ser deixado de lado sem solução, sendo necessário colocarmos em discussão até que se ache uma resposta, afinal é o futuro e o bem estar do menor que está em questão. Desse modo, é necessário analisar minuciosamente os dois direitos e as normas que os regulamentam. Adotando o princípio da proporcionalidade colocando em balança de um lado o princípio do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana e do outro lado o direito a intimidade e ao sigilo da identidade do doador. No desenvolver desse trabalho monográfico será demonstrada a importância e a forma de resolver esse conflito de interesse.

Palavras chave: reprodução heteróloga, identidade genética, identidade do doador.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	11
1. O BIODIREITO E A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	13
1.1 Noções Sobre Biodireito.....	13
1.2 Inseminação Artificial Homologa.....	16
1.3 Inseminação Artificial Heteróloga.....	17
1.4 Identidade Genética.....	19
2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	20
2.1 Da pessoa.....	21
2.2 Direito ao Nome.....	23
2.3 Direito a Imagem.....	25
2.4 Direito a privacidade e ao sigilo quanto à identidade do doador.....	26
3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETEROLOGA E O EXERCICIO DO DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA.....	29
3.1 Inviabilidade do exercício do direito à identidade genética.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

O Presente trabalho centra-se no grande conflito de direito que há entre o inseminado em busca de conhecer seu pai biológico e o doador de sêmen que tem o interesse de preservar sua identidade.

Objetiva-se pesquisar bibliografia sobre o tema. Pesquisar leis sobre o assunto que sejam aplicáveis a temática ora estudada.

Sendo assim, a aludida pesquisa é de natureza transdisciplinar, tendo em vista a análise de conteúdo do Direito constitucional, Direito Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente e Conselho Federal de Medicina.

Reprodução heteróloga é técnica de reprodução usando sêmen de terceiro, a discussão do trabalho é se é viável o exercício do direito a origem genética, que se trata do fruto do doado entrar com investigação de paternidade em desfavor ao doador.

Quanto à reprodução heteróloga, acorda-se que deva ser empregada em casais realmente impossibilitados de terem filhos, não só de forma natural, mas também quando se mostra inviável a reprodução artificial homóloga. Nesse caso, o casal contará com o auxílio de um terceiro doador do material genético, por intermédio dos chamados bancos de sêmen, os quais preservam o anonimato do doador.

Cria-se então, entre o casal submetido a essa técnica e a criança por ela havida, uma relação paterno-filial socioafetiva, de amor, afeto e carinho, transcendendo aos limites do vínculo genético-biológico, tal qual se verifica no instituto da adoção.

O casal que se submete a essa técnica abdica do tão venerado vínculo biológico para com a criança, no anseio puro e simples de poderem ser pais. Dessa forma, se fixa o vínculo afetivo de paternidade, vínculo este que, tal qual ocorre na adoção, é irrevogável.

Por outro lado, inegavelmente subsiste entre a criança e o doador o vínculo biológico.

Assim, surge notável e até mesmo previsível problemática, qual seja: poderá a criança concebida por esse método pretender investigar futuramente sua origem genética?

Neste sentido, Juliane Fernandes Queiroz, marco teórico desta pesquisa, propõe que:

Quando a paternidade socioafetiva já foi consolidada, como ocorre na inseminação heteróloga, a criança encontra-se com sua identidade familiar definida, não sendo viável e salutar uma troca de identidade para sua formação.¹

Conclui dizendo:

O fato de se revelar a criança sua origem genética não acrescenta nada a sua filiação. Sua paternidade social, consolidada até mesmo antes de sua concepção, não pode ser confrontada com uma paternidade biológica, na qual o pai nem mesmo é pai.²

Observa-se que tal estudo é de grande importância jurídica por se tratar de uma questão polêmica e controvertida, uma vez que existem opiniões contrárias a esse tipo de paternidade. Para Juliana de Queiroz, o direito ao anonimato do doador deve ser preservado; em posicionamento distinto se encontra José Roberto Moreira Filho, o qual entende ser direito personalíssimo da criança o reconhecimento de sua origem genética, direito que não pode ser obstaculizado, renunciado ou disponibilizado pelo pai ou pela mãe³. Assim o estudo se propõe a investigar toda essa controvérsia, com a intenção de esclarecer a importância de manter o sigilo do doador, para que possa manter a ordem na família socioafetiva.

Quando um indivíduo se propõe a doar o seu sêmen ele não tem intenção de ser pai ele simplesmente tem a intenção de contribuir para o crescimento da ciência, tanto é que o sêmen doado pode ser usado tanto em pesquisas como em inseminação. Apontar a resolução desse conflito revela o ganho social da presente pesquisa.

Por fim, como ganho pessoal, a pesquisa permite ao acadêmico o aprofundamento sobre o tema, sendo relevante para futuros investimentos profissionais.

Os capítulos da monografia serão divididos da seguinte forma: o primeiro será dedicado ao biodireito e a inseminação artificial, noções gerais sobre biodireito, inseminação artificial homologa, inseminação artificial heteróloga. No segundo

¹QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.126

² Apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit. p. 126.

³ MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. Disponível em www.jus.com.br. Acesso em 09 de novembro de 2010.

capítulo, serão abordados os direitos da personalidade, a pessoa, direito a vida e direito a identidade genética

Já no terceiro capítulo falaremos da inseminação assistida heteróloga e a inviabilidade exercício do direito a identidade genética, a reprodução heteróloga assistida à inviabilidade do exercício do direito a identidade genética.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática apresentada, qual seja reprodução heteróloga assistida e a inviabilidade do exercício do direito a identidade genética fazem-se necessários apresentar alguns conceitos essenciais a compreensão deste trabalho. São eles: reprodução heteróloga, identidade genética, sigilo sobre a identidade do doador.

Como o presente tema desta pesquisa diz respeito à reprodução assistida heteróloga, se faz necessário analisar o significado dado às palavras e posteriormente o conceito, para um bom entendimento do tema proposto.

Sobre reprodução artificial heteróloga Juliana Fernandes de Queiroz define

Entende-se por inseminação artificial heteróloga a técnica de reprodução que se utiliza de sêmen doado por um terceiro, que não o marido. Nessa busca incessante, o ato da procriação acabou por se separar do ato da paternidade em si.⁴

Guilherme Calmon diz que:

“o modelo tradicional de família vem sendo substituído por uma definição mais moderna, em decorrência da evolução do mundo globalizado e da aquisição de novos valores introduzidos na sociedade contemporânea”⁵.

Por se tornar tão procurado esse método de reprodução, o ato de procriação acabou por se separar do ato da paternidade em si⁶. Nos dias atuais, vivenciamos uma total reformulação do conceito de família. O modelo tradicional de família vem sendo substituído por uma definição mais moderna, em decorrência da evolução do mundo globalizado e da aquisição de novos valores introduzidos na sociedade contemporânea⁷.

Ao falarmos de inseminação artificial heteróloga, é inevitável não falarmos do direito a identidade genética do inseminado, que é o direito das pessoas geradas por doação de gametas conhecerem os pais biológicos.⁸

Quanto à preocupação dos pais afetivo ante a possibilidade de o filho buscar a sua origem genética, leciona a ilustre Silmara Chinelato: "O 'direito à identidade

⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.81

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **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.

⁶ DNIZ, Maria Helena, **O estado do atual Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.497

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **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.

⁸ QUEIROZ, 2001, p. 85

Genética' não significa a desconstituição de paternidade dos pais socioafetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada 'desbiologização' da paternidade"⁹. O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece:

Art. 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.¹⁰

Ser pai, no dias atuais, não quer dizer ser pessoa que gera ou a que tem vínculo biológico com a criança. É, antes disso, a pessoa que cria que ampara que dá amor, carinho, educação, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança.

A resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina prevê o sigilo sobre a identidade do doador, que só poderá ser aberto em situações especiais, exclusivamente para médicos. De acordo com a Resolução, além do consentimento informado de pacientes inférteis e doadores, as informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

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

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.¹¹

Por fim, o sigilo da identidade do doador consiste em proibir a divulgação de dados pessoais sem a devida autorização do doador de gametas ou de embriões para implantação, os quais somente podem ser disponibilizados por critérios médicos emergenciais. O que pretende é assegurar a proteção ao direito à intimidade, previsto expressamente no art. 5º, X, da Constituição da República.

⁹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direitos da personalidade do nascituro**. Revista do Advogado. São Paulo: n. 38, dez. 1992, p. 21-30.

¹⁰ PINTO, Antônio Luiz de Toledo, [et al.] (colaboradores), **Vade Mecum**, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, 9. Ed., 2010, p. 06, 72 p. 147 art 16 C.C

¹¹ **RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992**. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm. Acesso em 12 de novembro de 2010

1. O BIODIREITO E A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O Biodireito trata das relações jurídicas referentes à natureza jurídica do embrião, eutanásia, aborto, transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos ou mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético, com fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Thyco Brahe Fernandes diz:

Na verdade, o biodireito nada mais é do que a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito à saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população.¹²

A inseminação artificial é um recurso médico usado para realizar a fecundação. Muitos casais que desejam ter filhos encontram certas dificuldades. Esses impedimentos são muito complexos, ocasionados desde a baixa qualidade dos espermatozoides até a capacidade ovulatória. Nesses casos o médico pode recomendar a inseminação artificial, esse tipo de fertilização pode ser realizado de duas formas: inseminação de espermatozoides e de embrião.¹³

1.1 Noções Sobre Biodireito

Antes mesmo de conceituar Biodireito, devemos antes, ter idéia do que seja Bioética, o que carece primeiramente de um resumido conceito de ética.

Considera-se que a ética, é um modelo de comportamento humana que seja capaz de guiar o indivíduo ao bem pessoal e ao bem público, no sentido coletivo, agindo de forma boa para a sociedade.¹⁴

Em relação à Bioética, esta pode ser apreciada, simplificada, como sendo a ética da vida. Desta forma, a Bioética divide-se em dois ramos, ou seja, Macro-bioética, que consistir em a ética que visa o bem da vida em sentido amplo, direcionada ao sistema de vida e está ligada diretamente ao meio ambiente a ao Direito Ambiental, onde neste contexto, a Bioética seria um modelo de conduta que

¹² FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 42.

¹³ PERCILIA, Eliane. **Inseminação artificial.** Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/inseminação-artificial.htm>. Acesso em 09 de novembro de 2010

¹⁴ Bueno constaze advogados. **Biodireito.** Disponivelem: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=265&Itemid=79. Acesso em 09 de novembro de 2010

pudesse ser capaz de trazer o bem ao meio ambiente; e Micro-bioética que, por sua vez, surgiria de uma restrição do objeto da bioética, ou seja, seria a ética da vida humana, onde seria um modelo de conduta voltado a trazer o bem à humanidade como um todo, e ao mesmo tempo, a cada um dos indivíduos que compõe a humanidade.¹⁵

Pode-se chegar ao conceito do Biodireito, que seria a positivação ou tentativa de positivação das normas bioéticas.

Tycho Brahe Fernandes afirma:

[...] o biodireito tem como uma de suas tarefas a regulamentação dos avanços da biotecnologia para que possam ser utilizados para o bem do ser humano, mantendo sua dignidade, e não para sua destruição ou retificação, qual seja, sua redução a condição de coisa [...]¹⁶

Biodireito versar na positivação jurídica de permissões de comportamentos médicos-científicos, e de sanções pelo descumprimento destas formas. O Biodireito é também um termo que pode ser entendido no sentido de envolver todo o conjunto de regras jurídicas já positivadas e voltadas a impor ou coibir uma conduta médica-científica e que sujeitem seus infratores às sanções previstas por elas.¹⁷

O Biodireito é dotado de vários princípios, onde os principais seriam o princípio da autonomia, da beneficência, da justiça e da sacralidade da vida humana. Vejamos agora alguns dos princípios que compõe o Biodireito.

O Princípio da Autonomia se é habilidade de autogoverno do homem, de assumir suas próprias decisões, de o cientista saber avaliar e decidir sobre qual procedimento ou qual rumo deve dar a suas pesquisas para atingir os fins ansiados, sobre o delineamento dos valores morais aceitos e de o paciente se sujeitar àquelas experiências, ser objeto de estudo, utilizar uma nova droga em fase de testes. A decisão deve deixar de ser apenas do médico e passar a ser do médico juntamente com o paciente. O princípio da autonomia é considerado o principal princípio da Bioética, pois os outros princípios estão vinculados a ele de alguma forma.¹⁸

O Princípio da Sacralidade da Vida e Dignidade da Pessoa Humana envolve a questão da vida humana como sendo um valor em si mesma. Por este princípio, a

¹⁵ GOMES, Renata Raupp. A Relevância da Bioética na Construção do Novo Paradigma da Filiação na Ordem Jurídica Nacional. *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 337.

¹⁶ FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. P. 42

¹⁷ Bueno constaze advogados. **Biodireito**. Disponivelem: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=265&Itemid=79. Acesso em 09 de novembro de 2010

¹⁸ VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar**. (trechos) 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

vida deve sempre ser respeitada e protegida contra agressões indevidas. Tal princípio impede, por exemplo, práticas como a comercialização de órgãos, tecidos, sangue e esperma, impondo-se assim a gratuidade da doação desses objetos.¹⁹

O Princípio da Justiça pode ser dividido em três questões básicas, ou seja, o ônus do encargo da pesquisa científica, onde todos os membros da sociedade devem arcar com o ônus da manutenção das pesquisas e da aplicação dos resultados, de forma igual e nas medidas do possível; a aplicação dos recursos destinados à pesquisa, que implica em uma distribuição justa e eqüitativa dos recursos financeiros e técnicos da atividade científica e dos serviços de saúde, não só para países de primeiro mundo, mas, principalmente, para países subdesenvolvidos; e a destinação dos resultados práticos obtidos destas pesquisas, o qual a ciência deve ser aplicada de forma igual para todos os membros da espécie humana, não devendo existir distinção em função de classe social, ou capacidade econômica de quem necessita de tratamento médico.²⁰

No Princípio da Ubiquidade o bem ambiental é onipresente, onde uma agressão ao meio ambiente em determinada localidade é capaz de trazer reflexos negativos à todo planeta e, conseqüentemente, a todos seres vivos existentes aqui.

O Princípio da Cooperação entre os Povos encontra um de seus fundamentos no princípio da ubiquidade, o qual demonstra claramente a necessidade da proteção do planeta Terra contra experimentações indevidas, sobretudo as que envolvam alteração de células germinativas humanas.

Tycho Brahe Fernandes conclui que

Pode-se afirmar que o biodireito tem como uma de suas tarefas a regulamentação dos avanços da biotecnologia para que possam ser utilizados para o bem do ser humano, mantendo sua dignidade, e não para sua destruição ou retificação, qual seja sua redução a condição de coisa. A bioética será sempre o norte que deverá ser seguida pelo biodireito²¹.

O Princípio da Preservação da Espécie Humana seria uma transposição para o âmbito do Biodireito do princípio ambiental do desenvolvimento sustentável. Este princípio significa que o ser humano é livre para poder realizar as pesquisas que julgue úteis para aprimorar-se enquanto espécie, sem esquecer jamais da sua

¹⁹ VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar**. (trechos) 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

²⁰ Marcelo Dias Varella, Eliana Fontes e Fernando Galvão da Rocha, op. cit., pág. 228

²¹ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis Ed. Diploma Legal 2000, pág. 42

responsabilidade perante as futuras gerações, o que implica no dever de preservação das características essenciais da espécie humana, impondo a si próprio, limites e objetivos às experimentações científicas que sejam capazes de alterar o ser humano de alguma maneira. Este princípio seria uma consequência lógica necessária dos princípios da dignidade e da sacralidade da vida.²²

1.2 Inseminação Artificial Homóloga

A reprodução assistida homóloga é aquela na qual o material genético empregado é proveniente do casal interessado na reprodução. Esta técnica de Reprodução Assistida muitas vezes é confundida com a Fertilização in Vitro.

Tycho Brahe Fernandes fala diz que a inseminação artificial homóloga:

[...] é um procedimento muito mais simples do que a Fertilização in Vitro. A inseminação artificial com sêmen do marido, ou seja, homóloga está indicada para casais cuja causa de esterilidade esteja relacionada a fatores que impeçam os espermatozóides de chegar até a cavidade uterina.²³

Dentre estes encontramos casos de impotência, orifício uretral fora do lugar, ejaculação em direção à bexiga, sêmen com contagem baixa de espermatozóides, homens que congelaram sêmen antes de realizar vasectomia, radioterapia ou quimioterapia, vaginismo, fator cervical, ou ainda esterilidade sem causa aparente.²⁴

A intenção do procedimento é aperfeiçoar as condições de encontro dos espermatozóides com o óvulo, já que os melhores espermatozóides são selecionados e colocados dentro do útero, através de um pequeno tubo de plástico, sendo este um procedimento indolor.

Além disso, a capacitação melhora a movimentação dos espermatozóides os quais serão inseminados no momento mais próximo à ovulação. Também será melhorada por medicamentos específicos para indução da ovulação.

O ordenamento jurídico brasileiro determina que a relação de parentesco pode ser estabelecida por laços de sangue ou pela adoção. No parentesco consanguíneo, duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum. Na adoção, o vínculo de parentesco civil tem base subjetiva nas relações afetivas. Os avanços científicos da biogenética têm contribuído para as técnicas de procriação assistida em benefício de

²² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

²³ Tycho Brahe Fernandes. op. cit., pág. 77

²⁴ **Inseminação Homóloga**. Disponível em: < [http : // www. reproducaohumana. com. br/procedimento_ abrir. php?id_noticia=8](http://www.reproducaohumana.com.br/procedimento_abrir.php?id_noticia=8)>. Acesso em: 11 de novembro. 2010

casais que padecem de infertilidade, trazendo implicações bioéticas e jurídicas no campo da filiação.

Sílvio de Salvo Venosa, ressalta a importância de determinações legais no sentido que a procriação assistida somente seja permitida com expresse consentimento dos cônjuges e mediante a comprovação de necessidade, oportunidade e conveniência, com objetivo de prevenir problemas de ordem ética e jurídica. Projeto de lei sobre reprodução assistida, em trâmite no Senado Federal, inclina-se a proibir a possibilidade de procriação artificial à mulher não casada ou não vinculada a uma união estável²⁵.

O artigo 1.597 do CC trata da presunção de paternidade e, dentre as hipóteses nele elencadas, destacam-se as abordadas nos incisos III, o IV e V, que tratam da fecundação homóloga, fecundação homóloga *post mortem* e fecundação heteróloga.

Precisa de maiores análises a questão da filiação em casos de fecundação homóloga, isto em função do próprio conceito deste método reprodutivo. Nesta espécie há coincidência entre a filiação socioafetiva e a filiação biológica, pois, é o próprio casal que cuidará da criança que doará os gametas possibilitando a manipulação do procedimento reprodutivo.

O artigo 1.597 do CC em seu inciso III dispõe que presumem-se nascidos na constância do casamentos os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga”. Logo o texto da lei é claro e o tema desmerece maiores discussões doutrinárias.

1.3 Inseminação Artificial Heteróloga

A inseminação artificial heteróloga é aquela que recebe a contribuição genética de um doador que não faz parte do casal, ocorre principalmente quando o marido é estéril, ou em decorrência de doenças hereditárias. A esterilidade referida geralmente é definitiva.

Para Sílvio de Salvo Venosa:

[...]a inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de outro doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido, etc. Com freqüência, recorre-se aos bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos²⁶.

²⁵ Direito Civil, Vol.V, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 252

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 6, p. 256

A doação de material genético com fins de inseminação artificial heteróloga ou outro tipo de reprodução assistida é espontânea, nenhuma lei poderia constranger tal ato, pelo qual um casal fértil auxilia uma casal infértil.

A doação de gametas ou pré-embriões não tem fim comercial ou lucrativo, estando revestida sempre de gratuidade. A Constituição da República veda todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas no art. 199, § 4o.

Para que haja a inseminação artificial heteróloga, a lei determina que haja prévia autorização do marido, e, se não houver, acarretará conseqüências jurídicas, uma delas é apontada por Maria Helena Diniz nos seguintes termos:

"Se a mulher se submeter a uma inseminação artificial heteróloga não consentida, poder-se-á ter uma causa para separação judicial por injúria grave, pois a paternidade forçada atinge a integridade moral e a honra do marido".²⁷

Vemos, assim, que, neste tipo de inseminação artificial, o embrião implantado na mulher não é do marido e se este não concordou com o implante ou desconhecia tal fato e vem a conhecer posteriormente, poderá ajuizar a separação judicial do casal.

Todavia, é certo que a manifestação livre e consciente da vontade do marido substitui o critério biológico o qual, de fato, apontaria para outra paternidade se analisado isoladamente.

A inseminação artificial *heteróloga*, o anonimato do doador de material genético é barreira ao conhecimento da origem biológica. A resolução n. 1338/92 do Conselho Federal de Medicina, inciso IV, n. 2, preceitua que "os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa." É importante salientar que trata-se de uma questão polêmica e controvertida, uma vez que existem opiniões contrárias a esse tipo de paternidade. Para alguns, entendem que o direito ao anonimato do doador deveria ser preservado; ao mesmo tempo, outros entendem que as garantias fundamentais de um filho são indiscutíveis. Assim o estudo se propõe a investigar toda essa controvérsia. O anonimato do doador é fundamental para garantir o desenvolvimento normal da família que se utilizou do material genético proveniente do banco de espermas.

Porém esta questão ganha outras dimensões quando o foco passa ser o filho gerado a partir da inseminação heteróloga. Em face da atual concepção jurídica de

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 2007.

paternidade socioafetiva, é simples determinar que o concebido não possua qualquer relação de filiação com o doador do semem. Por tanto esta afirmação é um argumento suficiente para privar o direito ao conhecimento da origem biológica por parte do filho.

1.4 Identidade Genética

É possível que no início dos tempos os ancestrais do homo sapiens não percebessem a relação entre a sexualidade e a reprodução²⁸, chegando ao momento em que tomaram consciência da ligação entre os dois.

É de fácil entendimento que “pai” é aquele que presta auxílio material e emocional ao filho, independentemente de possuírem o mesmo sangue. É também de fácil entendimento, que a mãe que se submete a receber sêmen de um doador anônimo arca com todas as responsabilidades sobre a criança juntamente com o “pai” socioafetivo, afastando a figura paterna do doador²⁹.

Define-se o direito à identidade genética como o direito de todo cidadão de, independentemente de possuir um “pai”, conhecer o seu verdadeiro genitor, ou seja, ter acesso à sua origem genética. O direito à identidade genética é direito fundamental de todo ser humano, caracterizando-se por ser personalíssimo indisponível e intransferível. Tal caráter personalíssimo faz com que o seu exercício seja de prerrogativa exclusiva do indivíduo concebido³⁰.

O direito ao anonimato do doador de material genético utilizado em inseminação heteróloga decorre de motivações altruístas de um indivíduo do sexo masculino com intenção de auxiliar mulheres que, por variadas razões, desejam conceber um filho e não tem condições físicas da parte do marido. Não há, portanto, interesse do doador em ser pai, mas tão somente em agir solidariamente ao próximo. É exatamente essa ausência de desejo paterno que faz com que o doador opte pelo anonimato, desincumbindo-se, desse modo, de todos os encargos decorrentes da paternidade³¹.

²⁸ Conforme asseveram Claudio Cohen e Marco Segre, “ a descoberta da realação entre o sexo e procriação não é um dado imediato da consciência” (Definição de valores, moral, eticidade e ética. In: _____(org.).Bioética. p. 14)

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³⁰ JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522> . Acesso em 23 de outubro de 2010

³¹ FILHO, José Roberto Moreira. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. In: <http://www.bioconsulte.bio.br/textos/direitocivil.pdf> .Acesso em 23 de outubro de 2010

2. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ao nascer, os direitos fundamentais já estão inseridos nos atributos do cidadão, por isso garantir que são inerentes a pessoa humana. Eles representam, quer direta ou indiretamente, uma limitação ao poder do estado, não impedindo que este atue, mas delineando a sua ação.

É salutar ressaltarmos que os direitos humanos e fundamentais não são ilimitados, ou seja, eles garantem uma convivência harmônica às pessoas, mas salvo algumas exceções não são absolutos. Esse entrave ao seu exercício é realizado pelos outros direitos fundamentais das outras pessoas também encontrados no mesmo diploma legal.

Com a chegada da Constituição da República de 1988, foi que os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade, expressos no art. 5.º, X, que diz:

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

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;

Maria Helena Diniz, citando Goffredo Telles Júnior:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.³²

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2002. Assim, nunca caberá afastamento volitivo de

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 20. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva 2003

tais direitos, como daquele atleta que se expõe a uma situação de risco e renuncia expressamente a qualquer indenização futura. Tal declaração não valerá. Mas sem dúvidas que o valor da indenização deve ser reduzido, diante de culpa concorrente da própria vítima, nos moldes dos arts. 944 e 945 da novel codificação.

O direito brasileiro concorda com a regra do direito romano, pelo qual a personalidade coincide com o nascimento, antes do qual não há se falar em sujeito de direito, contudo a legislação assegura proteção especial, resguardando os interesses do nascituro, desde sua concepção. Partindo-se desta premissa, vale dizer, por conseguinte, que somente com a morte, real ou presumida, cessa a personalidade da pessoa natural e, em regra, os direitos inerentes a ela³³. Não podendo então privar a pessoa dos seus direitos e garantias fundamentais enquanto ela viva for.

2.1 Da pessoa

Pessoa é todo ente dotado de personalidade para o direito, isto é, da aptidão para ser titular de direitos subjetivos. Um direito pressupõe um titular. Às pessoas, como sujeitos de direito, são reconhecidas as faculdades ou direitos subjetivos. Todo ser humano é pessoa. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Não somente as pessoas naturais participam da vida jurídica; certas criações sociais, que são as pessoas jurídicas ou pessoas coletivas, podem ser também sujeitos de direito³⁴.

Para Maria Helena Diniz pessoa é:

O ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial³⁵.

A dignidade da pessoa humana está agregada ao ser humano em forma de fatores como a liberdade, o trabalho, a Família, a cultura, enfim as raízes que identificam aquela pessoa, conforme interpreta o professor Thomas Fleinier.³⁶

³³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

³⁴ Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Pessoa_%28direito%29 > **Pessoa**. Acesso em: 26 de outubro.2010

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 25.^a ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva 2008, p.113

³⁶ Fleinier, Thomas. O que são Direitos Humanos? São Paulo: Max Limonad, 2003, pp.11,12.

A dignidade da pessoa humana, esta ligada à moralidade, valores inerente à pessoa humana. A responsabilidade social se funde com estes direitos fundamentais. Para se ter dignidade, o cidadão necessita participar, estar incluso na sociedade, dentro dos padrões básicos para suprir suas necessidades, ter cidadania, ter seus direitos preservados. Hoje, ter dignidade é fazer parte do complexo e concorrido espaço de trabalho.

Os direitos da personalidade são necessários e inexpropriáveis, pois, por serem inatos adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito a qualidade humana. Daí serem vitalícios; terminam, em regra, com o óbito do seu titular por serem dispensáveis enquanto viver, mas tal aniquilamento não é completo, uma vez que certos direitos sobrevivem. Deveras ao morto é devido respeito; sua imagem, sua honra e seu direito moral de autor são resguardados. São ilimitados, ante a impossibilidade de se imaginar um numero fechado de direito da personalidade³⁷.

A idéia de personalidade esta intimamente ligada a de pessoa, pois exprime a aptidão genética para adquirirem direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano e também a entes morais, que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social, na qual são formadas mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado, aos quais são atribuídas com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes ou dirigentes.

Se a todo homem, e aos entes morais por eles criados, a ordem jurídica concede personalidade, não a confere, porem a outros seres vivos. Mas as coisas inanimadas recebem proteção da lei em atenção ao homem que delas desfrutam. O direito de forma sucinta busca o respeito pela pessoa humana.

Os direitos fundamentais da pessoa que protege a Constituição da Republica apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil**. 25 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva 2008

individuo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria.³⁸

Por tanto os direitos fundamentais devem ser observados de maneira minuciosa para resolver conflitos no que se refere o objeto de estudo.

2.2 Direito ao Nome

Como explica Fiúza, não só a pessoa natural possui nome. Como atributo da personalidade, as pessoas jurídicas também o possuem³⁹.

Washington de Barros Monteiro diz que o nome é um dos mais importantes atributos da personalidade, justamente por ser um elemento identificador por excelência das pessoas⁴⁰. O art. 16 do Código Civil de 2002 dispõe: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”⁴¹.

De acordo com Venosa o nome é uma forma de individualização do homem na sociedade, mesmo após a morte. “o nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com outros atributos da personalidade, dentro juntamente com outros atributos da personalidade dentro da sociedade.”⁴²

O direito ao nome é um dos mais importantes atributos da personalidade, pois sem ele não haveria possibilidade de distinguir as pessoas no âmbito familiar e social. A sua tutela é importante para impedir que haja abuso, o que pode acarretar prejuízo.

O nome é o sinal diferenciador e obrigatório; e uma chave determinante da personalidade da pessoa. E, por isto, não é possível que uma pessoa exista sem esta designação pessoal. Portanto, o indivíduo tem direito ao nome civil desde o seu nascimento, conforme previsto no Código Civil e na Lei de Registros Públicos. Obviamente, o direito ao nome civil, abrange o seu uso incondicional em todos os atos da vida civil, tanto nos públicos ou privados, conferindo exclusividade ao seu

³⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral comentários aos artigos 1.º a 5.º. Da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, pp. 50, 51.

³⁹ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 8. Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey 2004.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 39. ed. ver. e atual. São Paulo Saraiva, 2003

⁴¹ Vademecum, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz Santos Wind e Livia Céspedes, 9. Ed. 2010, p. 147 art 16 C.C.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2002

titular.

Segundo Rui Barboza o nome tem duas funções básicas:

individualizadora e identificadora, a primeira surge da necessidade de distinguir os indivíduos que compõem a sociedade; a segunda resulta de um critério investigativo, porque as relações sociais se desenvolvem e seus titulares precisam ser identificados para os fins de direitos e obrigações. E com estes dois aspectos, vemos dois processos concomitantes a circundarem o nome civil, e, ao mesmo passo, se relacionam com o direito público e o privado; um se demonstra como instrumento meramente individualizador, enquanto o outro é elemento assecuratório das relações sociais, pois, todos os integrantes de uma sociedade devem ser registrados e passíveis de serem identificados para os fins objetivados pelo Estado, e neste contexto estão os de caráter civil, administrativo ou criminal.⁴³

Dentre as características atribuídas ao nome civil: Imutabilidade, Imprescritibilidade, Inalienabilidade, inestimabilidade, intransmissibilidade, algumas com toda certeza são contestáveis. Passemos agora, a analisar uma a uma estas questões. Imutabilidade, claramente relativa, diante da evidência normativa que abre hipóteses, ainda que restritas, de mutação⁴⁴; Imprescritibilidade é uma característica real, porque não se perde pelo desuso, contudo, em contrapartida. Inestimabilidade, esta também é uma característica questionável, pois, sabemos que pode o dano moral causado ao titular do nome ser indenizável, noutras palavras, existe possibilidade de se apurar o “*quantum*” significativo a recompor o dano; Intransmissibilidade, esta é outra feição bastante relativa, quando sabemos que, além de ser transmitido aos descendentes, podendo ainda o nome, ser transferido ao cônjuge e aos filhos por meio do processo de adoção; por fim, se diz irrenunciável, contudo, a lei prevê hipóteses de substituição, o que não nega o caráter de renúncia ao nome substituído, e ainda, a jurisprudência há registra casos em que ganhou-se na esfera judicial o direito de excluir o nome do genitor do assento do registrado, quando comprovado o abandono material, moral e intelectual.

Utilizando-se o critério genético para utilização de um critério biológico para resolver a filiação resultado de inseminação heteróloga resultaria na atribuição de paternidade àquele que doou seus gametas para ser utilizado em uma inseminação.

⁴³ BARBOSA, Rui. Obras Completas. Vol. XXIV, Tomo II, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1942. p. 168.

⁴⁴ “Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, o princípio da imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público, a alteração do patronímico, mediante sentença judicial”. STJ - RESP. 401138-MG 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho; 2001/0198365-6, data da decisão 26/06/2003, DJ Data: 12/08/2003 Pg.00219.

Além da situação acima, atribuir à filiação o caráter genético faria nascer uma série de direitos que são decorrentes da filiação: alimentos, herança e nome.

2.3 Direito a Imagem

O direito à imagem vem adquirindo extrema relevância com a rápida evolução tecnológica nos meios de comunicação. Finalmente abrigado pela Constituição Brasileira de 1988, o direito de imagem se consolidou em nosso País por força da jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, especialmente depois da edição da lei de direitos autorais brasileiras que cuidou da proteção à imagem da pessoa retratada, foi fundamental na construção jurisprudencial do direito à imagem no Brasil. Dentre as sólidas decisões que cristalizaram seu posicionamento poderíamos destacar duas: "de 1982 - relator Ministro Rafael Mayer: Direito à imagem. Fotografia. Publicidade Comercial. Indenização".

A divulgação da imagem da pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação⁴⁵.

Ementa do acórdão proferido em 02.10.1982:

De 1982-relator Ministro Djaci Falcão: Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo.⁴⁶

A Constituição da República assegura o direito a imagem em seu artigo 5º, X, que diz assim:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁴⁷

⁴⁵ Ementa do acórdão proferido em 10.09.1982, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, no recurso extraordinário no. 95.872.

⁴⁶ Ementa do acórdão proferido em 02.10.1982, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, no recurso extraordinário no. 91.328.

⁴⁷ Vademecum, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz Santos Wind e Livia Céspedes, 9. Ed. 2010, p. 10 art 5 C.F

Embora não haja discussão sobre a efetiva caracterização do direito à imagem como um dos direitos de personalidade, não é pacífica, contudo, entre os doutrinadores, a forma do seu enquadramento nesse ramo de direitos essenciais. O direito à imagem, como atributo da personalidade, é portanto um direito fundamental.

2.4 Direito a privacidade e ao sigilo quanto à identidade do doador

Entre os métodos de reprodução estudados, indubitavelmente, os que enfrentam uma problemática mais complexa, criando alvoroços de conturbada solução, sobretudo no que diz à relação de paternidade, são aqueles nos quais se tem a presença de, pelo menos, um terceiro (homem ou mulher), doador do material genético. É a chamada reprodução artificial heteróloga.

Na grande maioria das vezes, esse terceiro é desconhecido, sua identidade é oculta, estando alheio ao processo de fecundação. O casal receptor, diante da total impossibilidade de alcançar uma fecundação bem sucedida pelos métodos naturais, ou mesmo através da fecundação artificial homóloga, recorre aos titulados "bancos de sêmen", de onde se obtém o material genético necessário, doado por um terceiro, o qual tem sua identidade resguardada sob sigilo.

É certo, que o direito não pode permanecer imóvel às transformações ocorridas na medicina e o princípio da integridade psicofísica, como o princípio maior de dignidade da pessoa humana, deverá conduzir à solução que atenda ao interesse do indivíduo. Este deverá prevalecer quando estiver em questão sua saúde física e psíquica, consagrando a regra da não instrumentalização do ser humano, garantindo-lhe ser sujeito de seu próprio destino e escolhas.

A família moderna mudou. Sobreveio uma relativização de suas funções procriacionais. Abandonando para trás sua função política delimitada na modalidade eclesiástica, bem como desprezando sua função econômica e, a família de hoje volta às origens mais remotas, constituindo-se em um grupo de pessoas unidas por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Sua maior característica é, sem dúvidas, a afetividade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 27 protege o direito da criança e do adolescente de conhecer sua origem genética:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem nenhuma restrição, observados o segredo de justiça.⁴⁸

Juliane Fernandes diz:

[...] é de se considerar que quando o Código Civil e a legislação correlata estabeleceram o reconhecimento da paternidade e a possibilidade de investigá-la, assim o fizeram no intuito de auxiliar aqueles que buscavam a formação de sua identidade pessoal e social. Para que se trave a convivência familiar, direito garantido a criança e ao adolescente, é preciso que o ser humano possa conhecer o seu pai e conduzi-lo a assumir as suas responsabilidades.⁴⁹

Revelar a criança sua origem genética não acrescenta nada a sua filiação. Sua paternidade sócio afetiva, concretizada até mesmo antes de sua concepção, não pode ser confrontada com uma paternidade biológica, na qual o pai nem mesmo é pai.⁵⁰

O filho quando busca investigar sua origem genética, em alguns casos, encontra uma barreira, qual seja a negativa do réu em submeter-se à perícia genética. Para tanto alega o investigado o direito à inviolabilidade do próprio corpo, à intimidade, à vida privada, à honra. Há, portanto, um conflito de direitos de personalidade: o direito à identidade genética do investigante e o da intangibilidade física do investigado.

Essa não será a única barreira a ser encontrada pelo filho na busca pelo conhecimento de sua origem genética, eis que encontrará a barreira do fornecimento da identidade do doador de sêmen, a quebra do sigilo e da manutenção do anonimato que envolve as doações.

A constitucionalização dos institutos jurídicos oriundos do direito de Família conduz à idéia de que aos valores até então consagrados, ora reformulados e contextualizados, acrescentou-se um elemento essencialmente novo: a afetividade.

Não mais se admite o tratamento patrimonial que era dispensado aos institutos do Direito de Família, sendo necessário que todo o ordenamento seja pautado pelos princípios maiores que, no caso, se fundam nas relações afetivas.

⁴⁸ PINTO, Antônio Luiz de Toledo,[et al.](colaboradores),**Vade Mecum**, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, 9. Ed.,2010, p. 06,72 p. 1051 art 27 ECA

⁴⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.138

⁵⁰ Juliane Fernandes Queiroz. Op cit p. 126

A consolidação e valorização da paternidade afetiva evidenciam que a filiação não deve ser vista tão somente sob o aspecto genético ou biológico, mas, sobretudo, sob o aspecto da afetividade e da formação ético-moral, sócio-cultural e psicológica do indivíduo.

O estado de filiação decorrente da paternidade afetiva pode fundamentar a atribuição judicial da paternidade ou maternidade. Alguns tribunais já vêm reconhecendo inclusive a prevalência da paternidade afetiva no caso de adoção como forma de tutela da dignidade humana.

Impossível, pois não se analisar o princípio do anonimato na reprodução assistida imposto pela Resolução CFM nº 1.358/92, o qual, na ausência absoluta de legislação pertinente, tem sido visto como dogma absoluto.

A partir da Constituição Republicana de 1988 o direito positivado, para ter validade, deve atender aos princípios ínsitos na Magna Carta. Assim é que, inobstante não haver ainda norma que regulamente o chamado “biodireito”, é lícito que se faça uma leitura sistemática da resolução do CFM nº 1.358/92 que estabeleceu o princípio do anonimato.

Ao extinguir o anonimato, revelando a criança a sua origem genética, constituiria uma situação ambivalente, com a descoberta de uma multiparentalidade, o que só geraria conflitos altamente prejudiciais à pessoa.⁵¹

⁵¹ QUEIROZ, 2001, p. 127

3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETEROLOGA E O EXERCÍCIO DO DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA

Tem-se vivido nos últimos anos uma era revolucionária no campo da biotecnologia. O avanço da ciência tem atingido as mais diversas áreas da vida humana, representando, por um lado, inegável contribuição à sociedade, na medida em que tem proporcionado a solução de problemas das mais variadas ordens, a pouco de difícil ou até mesmo inimaginável solução.

Todavia, noutra vértice, toda evolução social traz consigo inovações que, naturalmente, não são de plano abarcado pelo ordenamento jurídico. Nesse contexto, surgem conflitos de difícil solução, uma vez que o aplicador do Direito vê-se diante de uma verdadeira carência normativa, o que, como é cediço, não o eximirá de dar solução ao caso concreto.⁵²

3.1 Inviabilidade do exercício do direito à identidade genética

Desde meados do século passado até os dias atuais, assiste-se a uma verdadeira revolução tecnológica no campo da biomedicina, e, em particular, no que tange à reprodução humana medicamente assistida. Diversas técnicas têm sido criadas, estudadas, experimentadas e aperfeiçoadas, aumentando-se cada vez mais as possibilidades de se promover a reprodução humana de maneira "não natural", ou seja, em laboratório.

As técnicas de reprodução assistida são indicadas a casais que não tenham obtido sucesso através dos métodos "naturais" de concepção. Possibilitam, portanto, a intervenção médica com o escopo de "auxiliar" e assistir o processo de fertilização dos gametas em laboratório (*in vitro*).

As técnicas de reprodução assistida podem ser divididas basicamente em dois grupos: homóloga e heteróloga. A reprodução homóloga ocorre quando se utiliza o material genético (gametas masculino e feminino) do próprio casal que deseja submeter-se à técnica. Já na reprodução heteróloga, é utilizado o material genético de, pelo menos, um terceiro, alheio ao casal receptor.⁵³

⁵² ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 11 de novembro de 2010

⁵³ NOGUEIRA, Juliano Augusto de Souza. *A investigação de paternidade na reprodução artificial heteróloga*

A reprodução assistida apresenta uma problemática muito mais complexa e com problemas muito mais difíceis de serem solucionados. Por envolver a figura de um terceiro doador de material genético, estranho ao casal receptor, a reprodução heteróloga suscita implicações extremamente conturbadas acerca de sua eticidade, bem como no tocante à relação paterno-filial existente entre a criança concebida por esta técnica e seus "pais" biológicos e afetivos.

Quanto à reprodução heteróloga, acorda-se que deva ser empregada em casais realmente impossibilitados de terem filhos, não só de forma natural, mas também quando se mostra inviável a reprodução artificial homóloga. Nesse caso, o casal contará com a "ajuda" de um terceiro doador do material genético, por intermédio dos chamados bancos de sêmen, os quais preservam o anonimato do doador.

Cria-se então, entre o casal submetido a essa técnica e a criança por ela havida, uma relação paterno-filial socioafetiva, de amor, afeto e carinho, transcendendo aos limites do vínculo genético-biológico, tal qual se verifica no instituto da adoção.

O casal que se submete a essa técnica abdica do tão venerado vínculo biológico para com a criança, no anseio puro e simples de poderem ser pais. Dessa forma, se fixa o vínculo afetivo de paternidade, vínculo este que, tal qual ocorre na adoção, é irrevogável.

Por outro lado, inegavelmente subsiste entre a criança e o doador o vínculo biológico.

Entre todos os métodos conceptivos estudados, indubitavelmente, os que enfrentam uma problemática mais complexa, criando alaridos de conturbada solução, principalmente no tocante à relação de paternidade, são aqueles nos quais se tem a presença de, pelo menos, um terceiro (homem ou mulher), doador do material genético. É a chamada reprodução artificial heteróloga.

Na maioria das vezes, esse terceiro é desconhecido, sua identidade é oculta, estando alheio ao processo de fecundação. O casal receptor, diante da total impossibilidade de alcançar uma fecundação bem sucedida pelos métodos naturais, ou mesmo através da fecundação artificial homóloga, recorre aos chamados "bancos de sêmen", de onde se obtém o material genético necessário, doado por um terceiro, o qual tem sua identidade resguardada sob sigilo.

A respeito do tema, Eduardo de Oliveira Leite observa que:

Nos CECOS (Centro de Estudo e Conservação de Ovos e Esperma Humanos franceses) o recrutamento dos doadores corresponde a regras precisas que foram formuladas em 1973, por Georges David: "A doação do esperma é a doação de um casal tendo filhos a um casal que os deseja ter. Esta doação é gratuita e anônima"⁵⁴.

No que se refere à disposição de que a doação deveria ser feita de um casal doador a outro casal receptor, observa-se que tal critério não é recepcionado nacionalmente, uma vez que nas reproduções heterólogas, costuma-se recorrer aos chamados bancos de sêmen, os quais armazenam material genético de doadores individuais e aleatórios, sendo que a responsabilidade pela seleção desse material quando do processo de fertilização dos receptores é exclusiva das referidas instituições. Nesse sentido, dispõe a Resolução nº 1.358/92 do CFM(Conselho Federal de Medicina):

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

[...]

4 – As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

[...]

6 – A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 – Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

Os critérios da gratuidade e do anonimato, por outro lado, encontram-se acolhidos pela Resolução supracitada:

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

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

3 – Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.⁵⁵

A gratuidade na doação de material genético é pressuposto da própria legalidade do procedimento. A doação não deve ter caráter lucrativo ou comercial, pois, do contrário, estar-se-ia legitimando um comércio absolutamente imoral e antiético.

A Constituição da República trouxe em seu art. 199, § 4º, a seguinte norma:

⁵⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁵⁵ Disponível em:< http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm. Acesso em: 31 de outubro. 2010

Art. 199. [...]

[...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.⁵⁶

Todavia, é com relação ao anonimato do doador que a problemática se estende. Pode o filho gerado através de reprodução artificial heteróloga pretender investigar sua paternidade biológica?

A Resolução nº 1.358/92 do CFM estabelece o sigilo absoluto quanto à identidade do doador de material genético. Prevê exceção à regra unicamente em situações especiais, em que as informações acerca dos doadores podem ser reveladas exclusivamente aos médicos, resguardando-se, contudo, a identidade civil do doador.

Belmiro Pedro Welter enfatiza um interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual defende, de forma brilhante, a prevalência da paternidade socioafetivo, nos seguintes termos:

Um coito apenas determina para a vida inteira um parentesco, um coito entre pessoas que, às vezes, só tiveram aquele coito e nada mais! Desprezam-se anos e anos de convivência afetiva, de assistência, de companheirismo, de acompanhamento, de amor de ligação afetiva. Daí não se tratar de um rematado absurdo a cogitação de que se pudesse pretender pôr limites à investigação da paternidade biológica, porque, quando se permite indiscriminadamente esta pesquisa, se está jogando por terra todo o prisma sócio-afetivo do assunto, e isto vale também para a paternidade biológica, não só para a adotiva⁵⁷.

Prossegue dizendo:

O pai e a mãe criaram um filho, com a melhor das criações possíveis, com todo o amor que se podia imaginar; passam-se os anos, 40 anos depois, resolve o filho investigar a paternidade com relação à outra pessoa, esbofeteando os pais que o criaram por 40 anos! É normalmente esses pedidos são tão despropositados que, falando em tese, muitas vezes têm a ver apenas com a cobiça, descubrem que o pai biológico tem dinheiro, vai herdar, então despreza os pais que o criaram, que deram toda a educação, quer adotivo, quer biológico – tidos como biológicos –, e vai procurar o outro pai que teve o tal de coito, uma vez na vida.⁵⁸

Passando pelo direito comparado, Guilherme Calmon Nogueira da Gama prescreve:

⁵⁶ Vademecum, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz Santos Wind e Livia Céspedes, 9. Ed. 2010, p. 65 art. 199 C.F.

⁵⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁸ WELTER, Belmiro Pedro. opt cit. p.52

“Apesar do anonimato dos doadores ser a regra em praticamente todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, a lei sueca exatamente não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas, além de permitir que a pessoa possa, com a maioria, conhecer o genitor biológico.

Demonstra:

Na França, há a discussão a respeito do anonimato em três esferas: a) se é conveniente permitir à criança, fruto de reprodução heteróloga, a identificação de seu pai biológico, ou deve haver sigilo da concepção por uma técnica de reprodução assistida; b) se tal identificação deve conduzir à criação de vínculo jurídico entre a criança e o doador do material genético; c) se, em casos excepcionais, pode ser levantado o sigilo da identidade do doador, como por exemplo em casos de doenças hereditárias. Será que o sigilo deve ser absoluto ou relativo, permitindo o seu afastamento na eventualidade da pessoa concebida por meio de técnica de reprodução assistida pretender conhecer a sua ascendência genética, e tão-somente em relação a ela? Há direito à identidade genética, em havendo pais socioafetivos estabelecidos? Caso a resposta seja afirmativa, tendo sempre em mira o critério "the best interest of the child", necessariamente deve ficar afastado qualquer efeito jurídico no sentido de estabelecer direitos e deveres entre tais pessoas.⁵⁹

Continua dizendo:

Na Bélgica, no entanto, NATHALIE MASSAGER observa que inexistem qualquer disposição que impeça o estabelecimento da paternidade do doador, motivo pelo qual sugere uma urgente modificação nas regras em vigor em matéria de direito de filiação. O anonimato do doador de material genético deve realmente existir em matéria de reprodução assistida, mas não dentro de uma noção absoluta. No Direito europeu, mesmo em alguns países que seguem o sistema do Direito continental, filiando-se à tradição romana, há divergência de tratamento. Assim, há, em alguns textos normativos de países, previsão acerca de exceções ao anonimato, ora para prevenir ou curar doenças genéticas, ora para reconhecer o interesse da pessoa gerada por meio de reprodução assistida em conhecer a sua ascendência (identidade) biológica, mas sem qualquer atribuição de benefícios ou vantagens econômicas. Mas, na maior parte dos textos legislativos em vigor, nos países europeus, há a regra do anonimato. No caso brasileiro, apesar de qualquer regra expressa a respeito, em observância aos princípios, objetivos e fundamentos de Direito de Família, eventualmente o sigilo poderá ser afastado, cedendo lugar à proteção de interesses de maior relevância⁶⁰.

Segundo entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, o anonimato do doador do material genético deve ser preservado. Nesse sentido, sustenta que:

A pretendida alegação de que a criança tem "direito" a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica (matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno) quando é sabido que, atualmente, a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível.⁶¹

⁵⁹ JÚNIOR, Eduardo de Almeida Júnior. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522&p=1>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

⁶⁰ JÚNIOR, Eduardo de Almeida Júnior. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522&p=1>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

⁶¹ Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit. p. 208.

É certo que, incondicionadamente, o maior interesse a ser defendido é o da criança. Para aqueles que, como o autor, defendem o anonimato do doador, o sigilo quanto a sua identidade é medida que se impõe, justamente com o propósito de proteger não só a pessoa do doador, mas, precipuamente, a estabilidade emocional e familiar do lar afetivo em que a criança está inserida.

Juliane Fernande Queiroz ao cita em sua obra o Ministro Sálvio de Figueiredo, que relata o seguinte:

“ninguém pode negar as enorme mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data, o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, e que saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança: um direito humano que nenhuma lei e nenhum corte podem frustrar”.⁶²

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Importante a colocação de Juliane Fernande Queiroz:

Quando a paternidade socioafetiva já foi consolidada, como ocorre na inseminação heteróloga, a criança encontra-se com sua identidade familiar definida, não sendo viável e salutar uma troca de identidade para sua formação.⁶³

Conclui dizendo:

O fato de se revelar a criança sua origem genética não acrescenta nada a sua filiação. Sua paternidade social, consolidada até mesmo antes de sua concepção, não pode ser confrontada com uma paternidade biológica, na qual o pai nem mesmo é pai.⁶⁴

Devemos lembrar que defende-se que a criança tome conhecimento de sua origem genética, nada mais que isso, não podendo ela requerer os direitos sucessórios e outros direitos inerentes do filho com relação ao pai biológico.

“Se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética sem que isto constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, porventura

⁶² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.125

⁶³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit., p.126

⁶⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit., p.126

formada, e sem que implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético".⁶⁵

No entanto se o filho não pode usufruir dos direitos, como, alimentação, saúde, carinho etc. Com que objetivo procurar conhecer suas origens genéticas, simplesmente para constranger sua família? Colocar a prova o carinho do pai afetivo por ele? Portanto não há motivo relevante que justifique a investigação de paternidade com relação ao doador.

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. Na hierarquia dos valores esta idéia refreia o pretendido "direito" de conhecimento de sua origem.

Belmiro Pedro Welter discorda desse posicionamento, entendendo que:

não importa se a reprodução humana é sexual (corporal, natural) ou assexual (extra-corporal, artificial, medicamente assistida, científica, laboratorial), pois, em qualquer caso, o filho, o pai e a mãe têm o direito de investigar e/ou de negar a paternidade ou a maternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e de dignidade de pessoa humana.⁶⁶

É certo que, na reprodução artificial heteróloga, em sendo estabelecida a paternidade socioafetiva, esta se torna irrevogável, sobrepondo-se, portanto ao vínculo biológico existente entre a criança e o doador do material genético.

Discute-se a possibilidade de que o filho havido por método de reprodução artificial heteróloga venha pretender investigar sua paternidade biológica, rompendo assim o anonimato do doador do material genético.

É pertinente a analogia que se faz entre a reprodução artificial heteróloga e o instituto da adoção, uma vez que em ambos se verifica a relação socioafetiva de paternidade, em oposição ao vínculo sangüíneo-biológico.

O art. 48 do ECA dispõe expressamente que: "A adoção é irrevogável". Logo, seja pela adoção, seja pela reprodução heteróloga, uma vez fixado o vínculo paternal socioafetivo, este se torna irrevogável.

Vale observar ainda que, enquanto na adoção não há qualquer vínculo biológico entre a criança e o casal adotante, na reprodução heteróloga haverá, no

⁶⁵FILHO, José Roberto Moreira. **Direito à identidade genética**. In: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744)> Acesso em 23 de outubro de 2010

⁶⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p. 229.

mínimo, cinqüenta por cento desse vínculo, uma vez que é utilizado material genético de um dos membros do casal, fecundado com o de um terceiro doador.

Contrariamente à idéia de que o filho adotivo possa investigar sua ascendência biológica, atine interessante acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citado por Belmiro Pedro Welter, em que é negado tal direito, sob os seguintes fundamentos:

Formalizada a adoção, esta gera uma série de efeitos pessoais para o adotado, cessados quaisquer vínculos com a antiga família, vínculos esses que passam a ser estabelecidos com a nova família. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de outra família, apagado todo o seu passado.⁶⁷

Juliane Fernande Queiroz explica:

Quando o ser é concebido por meios naturais, através da copula apta perfeita por si para fecundação, há um ato desenvolvido pelos genitores na intenção de conceber o filho ou correndo-se o risco de concebê-lo. Tal hipótese não é aceita quando ocorre a reprodução humana assistida com a doação de sêmen. Quando o material é acolhido pelo banco, o pai genético não assume nem mesmo o risco de firmar uma relação de paternidade, pois o seu sêmen poderá ser utilizado para pesquisa ou para fecundação de casais com problema de infertilidade, aos quais devera ser atribuída a verdadeira paternidade⁶⁸

Conclui,

O filho nascido de inseminação artificial heteróloga não tem verdadeiramente um pai natural, biológico, posto que doar o sêmen sem ao menos saber para quais e quantas mulheres será empregado não pode determinar a paternidade.⁶⁹

Possamos imaginar se todos os frutos dos doados de um só doador resolver requerer a paternidade, estaria formado o caos total, pois todo investimento material e afetivo da família socioafetiva estaria jogados as traças, todo o carinho, compreensão dado aquela criança perderia todo o significado a partir daquele momento.

Há de se considerar que a criança, na sua condição de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, merece que seus interesses sejam priorizados. Para que se possa atender essa tutela, para se definir um pedido de adoção devem levar em consideração alguns fatores de previsão da doutrina internacional, a saber:

⁶⁷ Apud WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p. 177

⁶⁸ Apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit. p. 140.

⁶⁹ Apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit. p. 141.

- a) O amor e os laços afetivos entre o pai e a criança.
- b) A habilidade do pai de dar, à criança, amor e orientação.
- c) A habilidade do pai de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica.
- d) O lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos.
- e) A habilidade do pai em encorajar a criança para o contato e comunicação saudável.
- f) A saúde do pai

Portanto serão analisadas situações que demonstram, em espécie, o aspecto afetivo para o estabelecimento do liame civil da adoção.

Juliane Fernandes Queiroz elucida:

Não se trata de estabelecer a prevalência social da adoção em detrimento da inseminação heteróloga. O direito de procriar é de foro íntimo do casal, não podendo ser confundido com o caráter social da adoção. Todavia, os aspectos que envolvem a inseminação heteróloga mostram estreito relacionamento com a adoção, principalmente no que tange ao elemento volitivo e a não-ocorrência de vínculo biológico, podendo-se, pois, identificar as formas de estabelecimento dos liames.⁷⁰

Portanto pode se considerar que os mesmos fundamentos que justificam a adoção também servem para a inseminação heteróloga. Pois ambas constituem-se substitutivas da filiação consangüínea, permitindo ao casal a constituição de uma família que não se pode alcançar através de métodos naturais.⁷¹

Juliane Fernandes Queiroz procegue:

A procriação assistida, portanto, prova o vínculo de paternidade, determinando quem são os genitores, por vínculo não sanguíneo, do mesmo modo como, na adoção plena, cancela-se a origem biológica em favor da integral recepção voluntária na família adotiva.⁷²

Por tanto não merece guarida, no mundo evoluído em que vivemos, qualquer argüição de que, se o doador possui vínculo biológico, deve-se atribuir-lhe a

⁷⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.145

⁷¹ Apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit. p. 146.

⁷² Apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit. p. 146.

paternidade. São argumentos arcaicos que não mais revelam a evolução da medicina e os interesses da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório e de fácil observação, que o avanço da biotecnologia, especialmente no campo da reprodução humana medicamente assistida, tem causado uma grande revolução no direito de família, criando uma grande atração de novas afinidades concernentes ao vínculo paterno-filial.

Entre as situações que apresentam maiores alvoroços, buscou-se abordar no presente trabalho a inviabilidade do exercício do direito da identidade genética com relação ao doador de sêmen na reprodução artificial heteróloga, demonstrando a inviabilidade de a criança havida por esse método vir posteriormente a investigar sua paternidade biológica.

Em princípio, os bancos de sêmen, responsáveis pela coleta, armazenamento (criopreservação) e posterior utilização de material genético doado, mantêm o sigilo quanto à identidade civil desses doadores, conforme já foi exposto oportunamente.

Entre o casal submetido à referida técnica e a criança por meio dela concebida, fixado estará o vínculo paternal socioafetivo, vínculo este que, tal como ocorre na adoção, é irrevogável.

No entanto, por outro lado, persiste inegavelmente o vínculo sangüíneo-biológico entre a criança e o doador do material genético.

Sendo assim, a investigação que se faz é a seguinte: poderá a criança concebida pelo método de reprodução artificial heteróloga pretender investigar sua paternidade biológica?

A situação se torna ainda mais problemática na medida em que não há legislação disciplinando a matéria, restando ao aplicador do Direito, diante de tal ausência normativa, socorrer-se a uma interpretação sistêmica e principiológica, a fim de dar solução ao caso concreto.

O rompimento do anonimato seria cabível (sendo assim teria conhecimento da identidade do doador somente os médicos sobre juramento de manter total sigilo) em algumas situações: preservar os impedimentos matrimoniais e garantir a vida e a saúde do filho e de seus pais biológicos em caso de doença genética ou hereditária.

A quebra do sigilo quanto à identidade do doador, porém, em já estando fixada a paternidade socioafetiva entre a criança e o casal receptor é irrevogável.

No entanto conclui-se que, a relação entre pai socioafetivo e filho inseminado é a que deve imperar sobre uma possível existência de ligação entre o doador e o filho.

Por fim, vale frisar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar a questão, estando obviamente limitado dentro de toda a complexa problemática e apreciação que o tema reclama e a que faz jus, até porque nem mesmo seria possível fazê-lo no estágio evolutivo atual.

Contudo, serve a uma primeira reflexão, esperando contribuir para um melhor entendimento acerca de suas implicações na sociedade, bem como atentar à imperiosa demanda por uma legislação especial que venha disciplinar a matéria.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Francisco Fernandes de. Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática. Campinas: Copola, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal (Parte Geral)*, Ed. Saraiva. São Paulo, 2003. Pag. 85

CENEVIVA apud FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis ed. Diploma Legal 2000, p. 85

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva 1998. v. 2.

DNIZ, Maria Helena, O estado do atual Biodireito.4 ed. São Paulo:Saraiva,2007.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil. 20 ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva 2003

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis ed. Diploma Legal 2000, p. 85

FILHO, José Roberto Moreira. O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida. In: <http://www.bioconsulte.bio.br/textos/direitocivil.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2010

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 8. Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. 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, volume VI: direito de família, 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

IDENTIFICAÇÃO DOS DOADORES DE SÊMEN: DIREITOS EM CONFLITO. Disponível em:< <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=133>>. Acesso em: 24 de outubro. 2010

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522> . Acesso em 23 de outubro de 2010

JÚNIOR, Eduardo de Almeida Júnior. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522&p=1>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

LAVIALLE, Christian. In: NEIRINCK, Claire (org). De La bioéthique ou bio-droit.Introdução, p 15. Do original em francês, traduzido pelo autor: “Le biodroit ne serait alors qu um instrument permenttant de traiter les consequences sociales des avancées technologiques

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

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga, Direito à intimidade e privacidade, Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/31767>. Acesso em: 14 maio. 2010. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm >, RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992. Acesso em: 14 maio. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Parte Geral. 39. ed. ver. e atual. São Paulo Saraiva, 2003

PINTO, Antônio Luiz de Toledo,[et al.](colaboradores),**Vade Mecum**, Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, 9. Ed.,2010, p. 06,72 p. 147 art 16 C.C

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 1.358, DE 1992, Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm >,. Acesso em: 14 maio. 2010.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Jus Navigandi, n. 56. [Internet]. Disponível em: . Acesso em: 13 maio. 2010.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1 ed. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SERRANO apud, Stein TEINMETZ, Wilson Antônio.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2004. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 6,

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

Anexo

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

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

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas

exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.