

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

FLAVIA CAROLINA APARECIDA CARVALHO

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE SIGILO DO
DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

Juiz de Fora

2012

FLAVIA CAROLINA APAREIDA CARVALHO

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE SIGILO DO
DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Bruno Amaro Lacerda.

Juiz de Fora

2012

FLAVIA CAROLINA APAREIDA CARVALHO

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE SIGILO DO
DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

Monografia de conclusão de curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Aprovada em: 15/10/2012

Prof. Bruno Amaro Lacerda

Profa. Maria José Guedes Gondim

Profa. Joana de Souza Machado

Juiz de Fora

2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por mais essa vitória, me concedendo graças a seu tempo e hora.

Aos meus pais, por todo amor e carinho.

Ao meu marido e filha, por me apoiarem e entenderem meus momentos de ausência.

Ao Prof. Bruno, obrigada pela orientação, amizade e parceria.

À Profa. Zezé, obrigada pela oportunidade que me deu, além do presente que é sua amizade.

Aos meus grandes amigos Filipe, Hugo e Renata, obrigada pela amizade, apoio e força.

“Não são as perdas nem as caídas que podem fazer a vida de um homem fracassar, se não a falta de coragem para levantarmos e seguirmos adiante” VM. Samael Aun Weor.

RESUMO

O problema da esterilidade fez com que inúmeras pesquisas e avanços científicos fossem desenvolvidos. Com o objetivo de corrigir essas anomalias desenvolveu-se as técnicas de reprodução assistida, objetivando satisfazer o desejo do indivíduo de usufruir da paternidade ou maternidade prejudicada pela concepção natural dada à condição de estéril ou infértil. Atualmente existem diversas técnicas disponíveis de reprodução assistida. Contudo esse grande progresso da Reprodução Assistida trouxe consigo grandes questionamentos e reflexões no Direito, sobretudo em relação ao indivíduo gerado por fecundação heteróloga. Assim sendo, verifica-se a possibilidade ou não de quebra do anonimato do doador de material genético frente ao direito da criança concebida por meio da técnica de reprodução assistida saber sua origem genética.

PALAVRAS-CHAVE: Técnicas de reprodução humana assistida. Fecundação heteróloga. Implicações jurídicas. Doador. Anonimato. Origem genética.

ABSTRACT

The problem of sterility caused numerous research and scientific advancements were developed. Aiming to correct these anomalies developed the techniques of assisted reproduction, aiming to satisfy the desire of the individual to enjoy parenthood affected by natural conception given the condition of sterile or infertile. Currently there are several available techniques of assisted reproduction. However this great progress of Assisted Reproduction trouxe with great questions and reflections on law, especially in relation to the individual generated by heterologous fertilization. Thus, there is a possibility of breakage or not the anonymity of the donor of genetic material across the child's right conceived by assisted reproduction technique know their genetic origin.

KEYWORDS: Techniques of assisted human reproduction. Heterologous fertilization. Legal implications. Giver. Anonymity. Genetic origin.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	05
2. CAPÍTULO 1: REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: CONCEITOS E ASPECTOS JURÍDICOS.....	07
2.1 Evolução Histórica das Técnicas de Reprodução Assistida.....	08
2.2 Esterilidade e Infertilidade.....	09
2.3 Classificação das Técnicas de Reprodução Assistida	10
2.3.1 Reprodução Humana Assistida Homóloga.....	11
2.3.2 Reprodução Humana Assistida Heteróloga.....	11
2.4 Conceito de Reprodução Humana Assistida e suas Diferentes Técnicas.....	12
2.4.1 A Inseminação Artificial – IA	12
2.4.2 A Fertilização <i>In Vitro</i>	13
2.4.3 A Transferência Intratubária de Gametas – GIFT	14
2.4.4 A Transferência Intratubária de Zigotos – ZIFT	14
2.4.5 Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides – ICSI.....	14
2.4.6 Maternidade de Substituição	15
2.5 A Reprodução Assistida no Direito Comparado	16
2.6 Aspectos Jurídicos sobre a Reprodução Assistida no Direito Brasileiro	18
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA	23
3.1 O Banco de Sêmen	23
3.2 Direito ao Anonimato do Doador x Direito à Origem Genética.....	24
3.2.1 O Direito de Acesso à Identidade Genética.....	25
3.2.2 Direito ao Anonimato do Doador de Material Genético	28
3.3 Direito de Acesso à Origem Genética Frente ao Direito de Anonimato do Doador de Material Genético	30
4. TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO SOLUÇÃO APLICAVÉL AO CONFLITO EXISTENTE.....	33
4.1 Postulados Normativos Aplicativos	34
4.2 O Postulado da Proporcionalidade na Solução do Conflito	36
5. CONCLUSÃO.....	41
6. BIBLIOGRAFIA	42

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço científico, hoje é possível que a concepção ocorra por outros meios, que não o natural, possibilitando a concretização do desejo de ter um filho, até mesmo àqueles que outrora não poderiam, devido à condição de infértil ou estéril.

Em meio a toda essa tecnologia envolvendo a manipulação de material genético humano, as técnicas de reprodução assistida promoveram inúmeras discussões no campo jurídico, sobretudo devido a existência de um terceiro - o doador - com a reprodução assistida heteróloga.

Na utilização dessa técnica temos duas posições bem definidas, estando de um lado o doador anônimo, que oferece seus gametas para viabilizar o projeto familiar de outrem, não desejando qualquer vínculo afetivo ou de responsabilidade com o ser gerado, e no outro extremo o indivíduo gerado, que ao crescer poderá desejar conhecer sua origem biológica, ou seja, seu doador, por razões médicas ou mesmo psicológicas.

Surge, portanto, o conflito entre o direito ao conhecimento da ascendência genética e o direito ao sigilo, conflito este envolvendo os chamados direitos fundamentais de quarta geração: a intimidade, no que tange a preservação do anonimato do doador do material genético, e ao conhecimento da origem genética, que compõe os chamados direitos de personalidade.

O anonimato envolve acirradas discussões acerca da possibilidade jurídica de se quebrar o sigilo do doador para esclarecer a origem genética da pessoa gerada por meio das técnicas de reprodução heteróloga.

O Direito, apesar da dificuldade de regulamentação dessas técnicas científicas na mesma rapidez com que elas surgem, não pode se abster de legislar, e assim possibilitar à população o esclarecimento sobre os efeitos de sua aplicação.

Portanto, no desenrolar deste trabalho pretende-se responder à seguinte questão: O ser gerado através de inseminação artificial heteróloga tem direito de conhecer sua ascendência genética?

Este trabalho terá como método de abordagem o dialético, posto que se pretende travar uma discussão crítica em torno do tema. Assim, para a construção dos argumentos que serão apresentados, recorreu-se a uma ampla pesquisa, que consistiu na leitura de manuais

doutrinários, artigos acadêmicos, revistas jurídicas, matérias pertinentes ao tema e artigos jurídicos eletrônicos.

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, apresentaremos os aspectos médicos e jurídicos da reprodução humana assistida, abordando a evolução histórica da prática e algumas das principais técnicas de reprodução hoje existentes.

No segundo capítulo discorreremos sobre o tema-problema, apresentando a colisão entre o direito à identidade genética e o direito ao doador de ter sua identidade preservada, bem como os argumentos apresentados pela doutrina acerca do conflito.

Por fim, no terceiro e último capítulo voltaremos a análise para a busca de uma solução para o conflito entre os direitos fundamentais envolvidos. Assim nos utilizaremos da Teoria dos Princípios, na versão desenvolvida pelo professor Humberto Ávila, para buscarmos uma solução justa para o caso. O critério a ser adotado para a solução do conflito de interesses é o da proporcionalidade, implicando a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Portanto, o objetivo desse estudo é mostrar que as técnicas de reprodução assistida representam um alento para os que buscam a realização de seu projeto parental, não sendo possível fechar os olhos para a evolução da ciência, e com ela do próprio Direito. É preciso atentar para necessidade de regramento sobre o assunto, possibilitando assim uma maior harmonização dos direitos e princípios envolvidos na discussão.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: CONCEITOS E ASPECTOS JURÍDICOS

O desejo de procriar sempre foi algo buscado pelo ser humano como uma forma de perpetuação da espécie e continuação da família. Nem todas as pessoas, porém, apresentam aptidão natural para gerar filhos. Assim, com o avanço da ciência, e da engenharia genética, atualmente é possível que a concepção se realize de outras formas, além do natural, por meios artificiais.

Entende-se por concepção natural aquela originada do ato sexual entre um homem e uma mulher, no qual os gametas masculino e feminino se unem formando um ser humano, sem a interferência de terceiros no processo reprodutivo.

A concepção artificial, ou não natural, seria aquela em que o indivíduo é originado por meio de uma intervenção médica, promovendo um conjunto de operações a fim de unir artificialmente os gametas. Esta tem por intuito suprir as deficiências em razão de uma eventual esterilidade ou infertilidade, possibilitando a casais que o sonho de maternidade e paternidade se concretize.

Desta forma, “ao conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana foi dado o nome de Técnicas de Reprodução Assistida (TRA)” (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2010, p.321).

Ocorre que a utilização das técnicas de reprodução assistida levanta grandes discussões. Nesse sentido, Leo Pessini e Christian P. Barchifontaine sustentam que:

“As técnicas de reprodução assistida suscitam questões muito controversas, que mexem com preconceitos e afetam diretamente as mulheres. Além de pôr em xeque algumas certezas com relação a gênero e família, como a necessidade de um casal para gerar um filho, ou mesmo de um relacionamento prévio entre um homem e uma mulher; a tecnologia da reprodução assistida mexe diretamente com a saúde das mulheres, despertando preocupações éticas e políticas. Atualmente essa é uma área de grande expansão na pesquisa científica, e a maior parte das experiências vem sendo feita em mulheres, a título de “tratamento”. Além de ser uma área de pesquisa, os tratamentos contra infertilidade mobilizam grandes interesses da indústria de medicamentos e jogam para último plano as preocupações com os aspectos éticos da questão” (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2010, p.321).

Hoje, a única regulamentação existente em relação às técnicas de reprodução assistida é a Resolução nº 1957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece regras

pertinentes às técnicas de reprodução artificial, entendendo que elas têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

Assim, a Resolução trata a infertilidade humana como um problema social de saúde pública, editando para tanto normas éticas para a utilização das técnicas de RA.

2.1 Evolução Histórica das Técnicas de Reprodução Assistida

A fertilidade sempre foi reconhecida como uma benção, como uma forma de “imortalidade” do homem por meio de sua prole, e, por outro lado, a esterilidade sempre foi vista como uma grande falha humana.

Até o final do século XV, entendia-se que somente a mulher poderia ser estéril, sendo inadmissível a possibilidade de ocorrência da esterilidade masculina. Como explica Maria Helena Machado, “procurava-se curar o mal através de rudimentares fórmulas como chás, ervas, usos de metais ou pedras preciosas, invocações religiosas, rituais, flagelações etc.” (MACHADO, 2008, p.23).

No final do século XVI, com a invenção do microscópio por Leenwenhoek, a esterilidade passou a ser cientificamente estudada, e somente no século XVII admitiu-se que a esterilidade não era apenas feminina, mas também do homem, surgindo a noção de esterilidade conjugal.

Ao término do século XIX pesquisadores concluíram que a fertilização ocorria através da união do espermatozóide com o óvulo, por meio da cópula carnal, dando origem a um novo ser.

Mas somente no século XX, a partir de conhecimentos mais aprofundados na ciência, que grandes descobertas no campo da genética aconteceram, sendo a década de 1970 decisiva para a evolução da reprodução artificial.

Entre 1970 e 1975, vários geneticistas promoveram estudos sobre fertilização *in vitro* com gametas humanos, e no final da década de 70 obtivemos a notícia do nascimento do primeiro bebê de proveta.

Foi em 1978 que, após numerosos estudos, o cientista R.G. Edwards e sua equipe viram nascer em Manchester, Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta da

história da humanidade. O homem estava, finalmente, apto a vencer a barreira natural da infertilidade.

No Brasil, o primeiro nascimento decorrente da técnica de fertilização *in vitro*, foi o da menina Ana Paula Caldeira, em 07 de outubro de 1984, cujo procedimento fora realizado pela equipe do médico Milton Nakamura.

Atualmente, para quase todo tipo de esterilidade há uma técnica científica apropriada. Assim, a seguir discutiremos sobre as técnicas mais comuns de reprodução assistida.

2.2 Esterilidade e Infertilidade

Para iniciarmos os estudos, é necessário conceituarmos e distinguirmos a esterilidade e a infertilidade, pois apesar de no senso comum serem tidas como sinônimos tratam de conceitos diversos.

A esterilidade caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrer a fecundação, de modo irreversível, ou seja, é uma incapacidade definitiva para conceber. As técnicas de reprodução assistida não são capazes de curar a esterilidade, sendo a sua utilização apenas um meio para a satisfação do desejo de alcançar a paternidade ou maternidade.

Já a infertilidade seria a diminuição da capacidade de ter filhos devido a alterações no sistema reprodutor masculino e/ou feminino. A infertilidade, desta forma, seria uma dificuldade, mas não impossibilidade, de concepção e/ou de se levar a gravidez até o seu termo. Assim, seria a infertilidade uma “esterilidade relativa”.

Modernamente, um casal é considerado infértil, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), quando não consegue conceber num período de dois anos, sem uso de métodos anticoncepcionais, mantendo relações sexuais frequentes (MACHADO, 2008, p. 21).

Os fatores de infertilidade podem ser absolutos (esterilidade) ou relativos (hipofertilidade). A primeira deriva de situações irreversíveis, em que a concepção só será possível por meio de técnicas de reprodução assistida. Já na segunda situação a concepção é possível, em alguns casos, por terapêuticas tradicionais.

Dessa forma dizemos que um casal é estéril quando a capacidade natural de gerar filhos é nula. Já os casais inférteis têm apenas uma diminuição da chance da gravidez.

2.3 Classificação das Técnicas de Reprodução Assistida

Muitas são as denominações e classificações das técnicas reprodutivas. Por essa razão, analisaremos cada uma delas.

Numa primeira classificação, as técnicas de reprodução assistida podem ser divididas em métodos de baixa e alta complexidade. Conforme explicam Pessini e Barchifontaine:

“Entre as técnicas de baixa complexidade podemos incluir o coito programado e a inseminação intrauterina (IIU), que apresentam a vantagem de menores custos, além de não precisarem ser realizadas em centros de reprodução assistida. Entre as técnicas de alta complexidade incluímos a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)” (PESSINI e BARCHIFONTAINE 2010, p. 321).

Numa outra classificação, a fecundação artificial poderá se dar *in vivo* ou *in vitro*. A fecundação *in vivo* seria aquela em que a concepção ocorre dentro do corpo da mulher, quando os espermatozóides são colocados dentro de um tubo de ensaio e posteriormente inseridos no útero da mulher. Aqui se inclui as técnicas de Inseminação Artificial, que são as mais simples e antigas das técnicas hoje existentes. A transferência do sêmen ao aparelho genital feminino é realizada pelo médico, substituindo a relação sexual como meio para a fecundação.

Já a fecundação *in vitro* consiste num processo mais elaborado que o primeiro, no qual os gametas são retirados do organismo tanto da mulher, quanto do homem, ocorrendo a fecundação em laboratório, de forma extra-uterina, sendo posteriormente introduzido o embrião no útero materno. Nesta incluem-se as técnicas conhecidas genericamente como Fertilização *In Vitro*.

Em relação à origem do material genético que será utilizado na fecundação, a técnica poderá ser classificada como homóloga ou heteróloga. A forma homóloga não acarreta grandes questionamentos, contudo é na técnica de reprodução heteróloga que surgem problemas de ordem ética, religiosa e jurídica, ainda não discutidas.

Devido a complexidade e os desdobramentos causados por essas espécies de reprodução humana, principalmente no que tange a reprodução heteróloga, elas serão tratadas separadamente a seguir.

2.3.1 Reprodução Humana Assistida Homóloga

A reprodução assistida homóloga é aquela na qual a fecundação acontece pelo sêmen do cônjuge ou companheiro da respectiva mulher que o receberá. É homóloga pois o material genético (esperma e óvulo) utilizado no processo de fecundação pertencem ao casal interessado na procriação.

Severo Hryniewicz e Regina F. Sauwen ao tratarem do tema afirmam que:

“Do ponto de vista jurídico, é importante diferenciar as formas homóloga ou heteróloga de RA. É homóloga quando o sêmen ou o óvulo, ou ambos, são fornecidos pelo casal demandante e é heteróloga quando da participação de um (a) terceiro (a) ou mais doadores” (HRYNIEWICZ E SAUWEN, 2008, p. 89).

Tal método é utilizado quando embora o casal possua fertilidade, não consegue a fecundação naturalmente, através do ato sexual.

Portanto, a inseminação homóloga é, em regra, um método seguro e que não gera grandes dúvidas, já que os pais da criança são também os doadores do material genético.

2.3.2 Reprodução Humana Assistida Heteróloga

A reprodução humana heteróloga, ao contrário da homóloga, é aquela em que ao menos um dos componentes genéticos (sêmen, óvulo ou o próprio embrião) é estranho ao casal, ou seja, o material utilizado vem de doador anônimo.

Recorre-se à inseminação heteróloga quando a esterilidade é indiscutível, haja vista esta modalidade possuir um maior número de problemas, já que envolve a presença de um terceiro elemento, o doador do gameta a ser utilizado, acarretando, por essa razão, grandes consequências de ordem jurídica e ética que não possuem resposta pronta, como a possibilidade do acesso à identidade genética do doador pela criança concebida. Leila Donizetti *apud* Paiano e Francisco indaga:

“A possibilidade de se “fabricar um filho” por meio da inseminação artificial heteróloga, por exemplo, trouxe à baila uma questão bastante intrigante, que é o resultado desse fenômeno absolutamente inovador: o filho tem o direito

ao conhecimento das suas origens genéticas? Até que ponto a imposição do anonimato dos doadores e receptores de gametas é salutar para a preservação da integridade psíquica do ser humano?” (apud PAIANO e FRANCISCO, 2011, p.147).

Com a mesma preocupação, Pessine e Barchifontaine questionam se “a pessoa gerada por reprodução medicamente assistida pode ter o direito de conhecer seus pais genéticos?” (PESSINE e BARCHIFONTAINE 2010, p. 326). É esse, portanto, o cerne de análise desse trabalho.

2.4 Conceito de Reprodução Humana Assistida e suas Diferentes Técnicas

A reprodução assistida pode ser entendida como um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. É a reprodução realizada mediante a intervenção direta de técnicas científicas. Nesses procedimentos, os futuros genitores possuem algum tipo de impedimento para a concepção natural, sendo necessária a intervenção médica para proceder à fecundação e à conseqüente geração de filhos.

Nos dias atuais, as principais técnicas de Reprodução Assistida são: a Inseminação Artificial (IA); a Fertilização *In Vitro* (FIV), da qual decorrem as técnicas de Transferência Intratubária de Gametas (GIFT), a Transferência Intratubária de Zigotos (ZIFT), a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI); e a Maternidade de Substituição.

2.4.1 A Inseminação Artificial – IA

A inseminação artificial foi a primeira técnica que se teve notícia, tendo ocorrido ainda na Idade Média. É técnica relativamente simples, que consiste na introdução do esperma na vagina, por meio de uma cânula.

Ela é uma técnica *in vivo*, onde “os espermatozoides, ou o sêmen, são capacitados em meio de cultura e introduzidos por meio de sonda no trato genital feminino” (PESSINI e BARCHIFONTAINE, 2010, p. 322).

Isto porque, como explicam Severo Hryniewicz e Regina F. Sauwen:

“Geralmente a inseminação é feita por causa da impotência masculina ou da incompatibilidade sexual entre os cônjuges ou, ainda, por problemas de qualidade do esperma (mobilidade ou morfologia anormal), sendo considerada a IA como auxílio dentro do processo natural de fecundação humana” (HRYNIEWICZ E SAUWEN, 2008, p. 89).

Desta forma, a inseminação artificial repete o mesmo processo que ocorre na reprodução natural, pois assim como, naturalmente, após a relação sexual poderá ou não ocorrer a fecundação, também no caso da inseminação artificial, poderá ou não o óvulo ser fecundado.

2.4.2 A Fertilização *In Vitro*

Na técnica de fertilização *in vitro*, que teve seu primeiro êxito com o nascimento de Louise Brown, em julho de 1978, é feita a transferência de óvulos fecundados em laboratório, ou seja, fora do corpo humano, para a receptora. Tal técnica é também popularmente conhecida como “bebê de proveta”.

A FIV só se tornou possível a partir de melhorias na técnica de inseminação artificial e, especialmente, com a possibilidade de congelamento de esperma (HRYNIEWICZ E SAUWEN, 2008, p. 90/91).

Em linhas gerais, a fertilização *in vitro* consiste na retirada, normalmente por punção transvaginal, de um ou vários óvulos da mulher, provocada por estimulação hormonal, colocando-os em meio nutritivo, para posteriormente reuní-los ao esperma, para que então ocorra a fecundação. Com a fecundação, após horas ou até dois dias, o óvulo é colocado no útero da mulher, para que ocorra a nidificação. Havendo a aderência à cavidade uterina, a gravidez seguirá seu ritmo normal.

O óvulo é colocado em contato com vários espermatozóides numa incubadora que simula uma tuba, aguardando a fecundação e formação do embrião, para posteriormente, transferí-los para a cavidade uterina.

Portanto, na FIV a fecundação ocorre em laboratório, podendo ser de forma homóloga ou heteróloga, devendo a transferência do material para o organismo feminino ocorrer somente quando o mesmo atingir a qualidade de embrião.

2.4.3 A Transferência Intratubária de Gametas – GIFT

Idealizada pelo médico argentino Ricardo Ash, a transferência intratubária de gametas (GIFT, sua sigla em inglês), consiste na técnica onde serão captados os óvulos da mulher através de laparoscopia, ao mesmo tempo em que se capta o esperma do marido ou terceiro, introduzindo os gametas devidamente preparados em cada uma das trompas da mulher, para que lá ocorra a fecundação.

A GIFT é oriunda da FIV, mas com ela não se confunde, uma vez que é modalidade de fertilização *in vivo*, já que a tentativa de fecundação é feita de forma intra-uterina.

Essa técnica oferece ao embrião condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação. Além disso, é mais bem aceita pela doutrina católica, uma vez que a fecundação ocorre dentro do corpo humano e não fora dele. Contudo, o grande problema dessa técnica é a baixa porcentagem de êxito.

2.4.4 A Transferência Intratubária de Zigotos – ZIFT

Por meio da transferência intratubária de zigotos (ZIFT, em inglês), ambos os tipos de gametas são postos em contato, *in vitro*, em condições apropriadas para a sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas.

A grande diferença da técnica ZIFT em relação à GIFT é que, na primeira, a fecundação se realiza fora do corpo da mulher, em laboratório, enquanto na segunda, o encontro do óvulo com o espermatozóide, para a formação do zigoto, ocorre nas trompas.

2.4.5 Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides – ICSI

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides ou simplesmente ICSI é uma técnica de reprodução assistida onde a fertilização também ocorre *in vitro*. Entretanto na ICSI a fecundação não ocorre espontaneamente. Nessa técnica o espermatozóide é colocado dentro do óvulo para que ocorra a fertilização.

A ICSI teve seu primeiro relato de gestação e nascimento em 1992 e foi, sem dúvida, o maior avanço no tratamento da infertilidade, após a fertilização *in vitro* clássica.

Com essa técnica apenas um espermatozóide é injetado diretamente no óvulo, ocorrendo a fecundação “quase que à força”. Após a formação do embrião, de dois a cinco dias, o mesmo é transferido para a cavidade uterina.

A ICSI é indicada em caso de falha da técnica de fertilização na FIV clássica, sendo também utilizada, como explica Vasco M. Almeida:

“Nos casos de azoospermias em que é possível obter espermatozoides ou espermátides após biópsia testicular (TESE – *testicular sperm extraction*), aspiração de espermatozoides no testículo (TESA – *testicular sperm aspiration*), ou aspiração de espermatozoides no epidídimo (PESA – *percutaneous epididymal sperm aspiration*)” (ALMEIDA, 2005, p. 506).

A tecnologia utilizada na ICSI é semelhante à utilizada na FIV convencional, se diferenciando pela forma como se juntam os espermatozoides e o óvulo. Num tratamento de FIV, várias dezenas de milhares de espermatozoides são colocadas numa placa juntamente com o óvulo, na esperança de que um deles o consiga penetrar. Na ICSI, é selecionado um único espermatozóide para ser injetado diretamente no óvulo, sendo o óvulo artificialmente penetrado pelo espermatozóide.

Assim nota-se que a ICSI é utilizada quando há um número reduzido de espermatozoides ou nos casos em que o espermatozóide não possui força para fecundar o óvulo, necessitando de um auxílio, que seria a intervenção médica.

2.4.6. Maternidade de Substituição

Temos ainda, como uma técnica de reprodução assistida, a Maternidade de Substituição, ou como é popularmente conhecida, a “Barriga de Aluguel”. Trata de um procedimento em que a fecundação ocorre *in vitro*, sendo a implantação do embrião realizada no útero de uma mulher, denominada mãe gestacional, que é diversa daquela que forneceu o óvulo para ser fecundado (mãe genética).

Como esclarece José Emílio M. Ommati:

“Convém ressaltar que não se trata de uma técnica biológica, mas sim da utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião, durante o período de gestação, pela impossibilidade física da mulher que recorreu aos Centros de Reprodução de suportar o período gestacional. Essa prática tem tido repercussões bastante negativas, pelo fato de, muitas vezes, a mãe substituta se afeiçoar ao ser que vai gerar, descumprindo a obrigação contratual de devolver o recém-nascido à mulher que a contratou” (OMMATI, 1998, s/p).

Adverte Silvia da Cunha Fernandes que este procedimento está limitado às hipóteses de existência de problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na mãe genética, sendo inadmissível a utilização dessa técnica apenas por vaidade da mulher que não pretende se submeter aos desconfortos de uma gestação.

Ainda, segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina, a cessão temporária do útero só é possível quando a cedente for parente de até segundo grau da mãe genética, ou seja, avó, mãe, irmã, e desde que seja destituída de caráter lucrativo.

2.5 A Reprodução Assistida no Direito Comparado

Entende-se por Direito Comparado a análise realizada sobre determinado tema ou assunto à luz dos diferentes sistemas jurídicos existentes no mundo. No campo específico da reprodução assistida é importante destacar a relevância do Direito Comparado por tratar-se de grande instrumento de auxílio ao intérprete para a solução das controvérsias, e, ao mesmo tempo, fundamento para a construção de novas regras.

Existe uma diversidade de posturas éticas e jurídicas acerca das técnicas de reprodução artificial, que derivam essencialmente da grande influência de tradições, usos e costumes dominantes em cada país.

Na Alemanha, o primeiro documento a tratar sobre o tema foi o “Relatório Benda”. Tal relatório surgiu da necessidade de promover um controle efetivo por parte das autoridades sobre tais técnicas.

Segundo as normas alemãs, a inseminação artificial heteróloga pode ser utilizada em casos mais restritos, se comparada à homóloga, quando houver perturbação duradoura da fecundidade do casal formalmente casado, não se admitindo tal técnica no caso de mero companheirismo.

Na Alemanha proíbe-se a remuneração do doador de esperma, vedando também a utilização, pelo médico, de material genético se o doador já houver falecido.

Nos casos de inseminação artificial heteróloga, não se admite o estabelecimento de vínculo familiar entre a criança concebida e o doador do sêmen, contudo não se garante o anonimato dos doadores, recomendando-se que as instituições médicas conservem o registro relativo aos doadores de gametas, podendo as informações serem postas à disposição da criança, que terá a oportunidade de conhecer sua origem genética a partir dos 16 anos de idade.

Já na Espanha existe uma lei específica sobre as técnicas de reprodução assistida - Lei 35/1988. De acordo com ela, a doação de gametas ou embriões deve ser feita por contrato gratuito, formal e sigiloso, entre os doadores e centro médico.

O centro médico deverá arquivar os dados sobre a identidade do doador no mais estrito segredo. Todavia os filhos nascidos têm direito de obter informações gerais sobre os doadores, ficando ressalvada sua identidade. A lei espanhola somente permite a revelação da identidade do doador quando for indispensável para evitar o perigo para a criança, porém os dados não poderão ser tornados públicos.

Em relação aos Estados Unidos, este foi o país em que as primeiras inseminações heterólogas se desenvolveram.

Segundo Silvia da Cunha Fernandes,

“A partir de 1964, trinta Estados adotaram algum tipo de legislação regulamentando a inseminação artificial heteróloga; restringindo sua utilização às pessoas casadas. Em 1974, cerca de vinte e cinco estados proibiram ou limitaram a pesquisa em embriões; fato que impede, em alguns casos, a realização de procedimentos específicos da fecundação *in vitro*” (FERNANDES, 2005, p.164).

É importante observar que nos EUA não há que se falar em uma legislação nacional regulamentadora do tema, eis que a organização judiciária varia de Estado para Estado.

Nesse sentido, o anonimato é recomendado pelas instituições médicas, mas não há norma que regule a matéria, podendo vir a provocar consequências aos vínculos de filiação. Também não há proibição expressa em relação à remuneração dos doadores de gametas.

Na França várias propostas legislativas já foram apresentadas, todavia nenhuma delas ainda foi aprovada. Esta indefinição legislativa não é involuntária, estando intimamente ligada

ao grande desenvolvimento dos centros de procriação artificial (CECOS), que criaram uma estrutura autônoma com um código de ética próprio, que vem se mantendo inabalável.

Assim, independente de qualquer legislação a respeito da reprodução assistida, os CECOS franceses, reunidos em uma federação, estabeleceram princípios éticos, visando harmonizar a utilização das técnicas por cada centro, que por sua vez detêm autonomia para sua organização e gestão.

Como explica Fernandes, os CECOS têm como princípios básicos “a gratuidade da doação, a exigência da previa paternidade em relação ao doador, a noção de doação de casal fértil ao casal estéril com o consentimento do marido ou da mulher, e o anonimato dos doadores” (FERNANDES, 2005, p. 167).

Importante destacar que, em relação ao doador, deverá ser mantido o sigilo de sua identidade, e nos casos em que haja necessidade terapêutica em relação à criança concebida, o médico poderá ter acesso às informações médicas que não identifiquem o doador.

Por fim, na Suécia a primeira legislação completa sobre a reprodução assistida foi editada em 1º de março de 1985.

Segundo tal legislação, a criança nascida por processo de inseminação heteróloga, tem o direito de inspecionar os documentos do hospital a respeito da identidade do doador do esperma, por volta dos 20 anos de idade, desde que haja prévia consulta à assistente social.

A Lei sueca sobre reproduções artificiais é, como afirma Fernandes, a primeira no mundo a tratar dessas atividades médicas em sua totalidade, partindo do pressuposto de que ter filhos não é um direito humano incondicional, devendo a permissão para a utilização das técnicas somente existir se houver, para a criança que irá nascer, condições favoráveis para crescer e se desenvolver plenamente.

2.6 Aspectos Jurídicos sobre a Reprodução Assistida no Direito Brasileiro

O crescimento exagerado das clínicas especializadas em reprodução humana hoje em dia é evidente. Sua alta demanda se dá em virtude do grande número de casais inférteis que desejam filhos.

Em que pese essa realidade, não existem leis que amparem seus procedimentos, tampouco os reflexos jurídicos incidentes dessas técnicas.

A utilização das técnicas de reprodução assistida pode ser entendida como um dos meios de se exercer o direito à procriação, garantido na nossa Carta Magna em seu art. 226, § 7º, que dispõe o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...)
§ 7º 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 deste direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Entretanto, como observa Gilza Mariane C. Borges,

“Embora essas técnicas reprodutivas sejam um dos meios do indivíduo exercer o seu direito de procriação e sejam, sem dúvida, uma grande conquista científica para a esterilidade, cada uma de suas formas enseja inúmeras situações que conseqüentemente interferem no mundo ético, social, religioso, psicológico, médico, bioético, e, sobretudo, o jurídico; havendo de se acrescentar, ainda, que, atualmente, no Brasil, não temos nenhuma lei que ampara e regula a reprodução humana artificialmente assistida, pairando diversas questões sobre essas técnicas.” (BORGES, 2009, p. 118).

No Brasil, o mais completo documento oficial produzido especificamente sobre a matéria é a Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina. Na esfera administrativa, essa resolução adota normas éticas sobre regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida.

Entende o Conselho Federal de Medicina que as técnicas de reprodução assistida (RA) têm por papel auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

A norma do CFM busca organizar e definir quando e como recorrer à reprodução assistida. Também procura mostrar um caminho a ser seguido por todas as partes envolvidas no ato, inclusive como deve atuar o médico. Destaca que deve haver uma explicação minuciosa e o consentimento de todos os envolvidos, e por fim mostra que deve sempre optar pela gratuidade da doação e pelo sigilo sobre identidade dos doadores e receptores, entre outros fatores norteadores.

Dentre as questões acima explicitadas, surge uma de maior relevância, por ser objeto do presente estudo. Trata-se do anonimato do doador.

Segundo a Resolução, é garantida aos doadores a manutenção do sigilo sobre a identidade dos mesmos, possibilitando que em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, possam ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando a identidade civil das partes envolvidas.

Desta forma, o sigilo sobre a identidade do doador é obrigatória, sendo certo que em caso de risco para a criança as informações poderão ser fornecidas à equipe médica, vedando sua publicação.

A referida resolução, apesar de não suprir as necessidades legais, tem servido de base para diversos projetos de lei.

Assim, muitos projetos foram confeccionados, sem que saíssem do papel e fossem postos em prática. Alguns desses seguem fielmente as disposições da resolução 1.358/92 do CFM (revogada pela atual resolução 1.957/2010) como é o caso do Projeto de lei 3.638/93, do Deputado Luiz Moreira, o mais antigo dos projetos, que defende o anonimato do doador, sendo a quebra do sigilo apenas permitida em casos de risco à criança. Contudo tal projeto fora arquivado pela Coordenação de Comissões Permanentes em 08 de junho de 2007.

Podemos ainda citar alguns outros projetos de lei, como:

- a. Projeto de lei nº 2.855/97, do Deputado Confúcio Moura;
- b. Projeto de Lei 90/99, do Senador Lúcio Alcântara;
- c. Projeto de Lei nº 120/03, do Deputado Roberto Pessoa;
- d. Projeto de Lei nº 1.135/2003, do Deputado Pinotti;
- e. Projeto de Lei nº 2.061/2003, da Deputada Maninha;
- f. Projeto de Lei nº 4.686/2004, do Deputado José Carlos Araújo.

Os PL dos Deputados Confúcio Moura, Pinotti e Maninha seguem as disposições da resolução do CFM, estabelecendo que os doadores não devam conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade daqueles envolvidos. Em situações especiais, e mediante motivação médica, as informações sobre os doadores poderiam ser fornecidas exclusivamente para a equipe médica, resguardando a identidade civil do doador.

Todavia, há projetos que defendem o direito da criança de conhecer sua origem genética, acarretando como consequência a quebra do anonimato do doador. Nessa esteira temos os projetos dos Deputados Roberto Pessoa e José Carlos Araújo e do Senador Lúcio Alcântara.

O Projeto de Lei 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara é, segundo a análise de Nathalie C. Cândido, o mais avançado no processo legislativo, trazendo várias inovações, sendo objeto de diversas deliberações à sua redação original, o que resultaram em dois substitutos, o primeiro em 1999, pelo Senador Roberto Requião e o segundo, em 2001, pelo Senador Tião Viana.

Conforme explica Cândido, o PL original previa a necessidade do consentimento livre e esclarecido, tanto dos beneficiários como também dos doadores, que deveriam estar conscientes de sua eventual identificação civil por parte do ser gerado, como também da obrigatoriedade de reconhecimento da criança em casos previstos na lei (art.3º, §2º). Essa identificação poderia ocorrer quando a criança completasse a maioridade, ou, a qualquer tempo, em casos de falecimento de ambos os pais (art.12, *caput*). Já o reconhecimento poderia ocorrer se a criança não tivesse no registro a filiação relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta (art. 12, §1º) (CÂNDIDO, 2007, s/p) ¹.

Segundo Cândido, o projeto e seus substitutivos determinavam os registros obrigatórios dos casos de reprodução assistida e de dados sobre o doador para caso de necessidade de informações aos médicos, como também para conhecimento de disponibilidade para transplante de órgãos, sendo que no projeto original o período de registro obrigatório desses dados era de vinte e cinco anos, tendo sido esse prazo aumentado para cinquenta anos em seus substitutivos. Ainda afirma a autora que:

“O projeto original e seus substitutivos prevêm a possibilidade de consulta desses registros através do médico sem a necessidade da criança vir a conhecer seu ascendente. Embora no substitutivo de 99 essa possibilidade tenha sido prevista graças ao sigilo absoluto da identidade do doador, no projeto original e no substitutivo de 2001 essa possibilidade vem para concretizar o direito "de não saber", pois, como já apresentado, o conhecimento da origem genética é direito e não dever, assim, o substitutivo de 2001 prevê duas possibilidades ao ser gerado: este poderá requerer a identificação do doador ou apenas a revelação dos dados acerca do doador para o médico” (CÂNDIDO, 2007, s/p).

Porém esse projeto de lei foi arquivado em 2007 pela Câmara dos Deputados.

Já o Projeto de Lei n°. 120/03, de autoria do Deputado Roberto Pessoa, objetivava o acréscimo do art. 6º-A à Lei 8.560 de 1992, que trata da investigação de paternidade. Neste

¹ Referente ao PL 90/99 de autoria do Senador Lúcio Alcântara. Disponível em: www.camara.gov.br

artigo é previsto a possibilidade da identificação dos doadores, sem qualquer ressalva. Contudo o projeto foi arquivado em 2007.

Em sua exposição de motivos, o Deputado Roberto Pessoa argumentava que “a pessoa nascida de técnicas de fertilização assistida tem direito de conhecer seus pais biológicos”, pois tal tema não poderia ser acobertado pelo direito à privacidade, uma vez não há como se optar por quem tem mais direitos, se o filho gerado ou o pai biológico.

Por fim, o Projeto de Lei n°. 4.686 de 2004, do Deputado José Carlos Araújo, também arquivado na Câmara dos Deputados em 2007, é uma proposta de acréscimo do art. 1.597-A ao Código Civil, que previa a identificação civil do doador a qualquer tempo, inclusive através de representante legal, também sem nenhuma restrição, contudo sem estabelecer qualquer vínculo parental entre o concebido e a pessoa do doador, vedando ainda o casamento entre o doador e filhos, tanto de seu próprio matrimônio, como em virtude de doações.

Como vimos, o ordenamento jurídico brasileiro carece de lei que regule a aplicação das técnicas de reprodução assistida. Ocorre que o conhecimento humano não tem limites, não podendo o direito se enclausurar em conceitos estanques, negando a realidade que aí está. É necessário efetivar o direito à reprodução para aquelas pessoas que sofrem com problemas de infertilidade ou de esterilidade, mas que têm, como qualquer outro cidadão, o direito ao planejamento familiar.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

As técnicas de reprodução assistida heteróloga representam um avanço para aqueles que desejam procriar, mas não podem utilizar os meios de reprodução naturais.

Entretanto, como observa Carlos Alberto Ferreira Pinto:

“Se por um lado, o avanço científico é inegável, por outro também se contrapõem questões de cunho moral, ético, psicológico, religioso e jurídico, para as quais ainda se buscam respostas, na falta da normatização adequada” (PINTO, 2007, s/p).

A ausência de uma legislação específica que regulamente as técnicas de reprodução assistida heteróloga dá origem a um cenário de grande instabilidade, em virtude das celeumas jurídicas que se erguem com a utilização dessas técnicas, merecendo destaque especial o conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade genética.

No Brasil não há norma regulamentando a matéria em comento, o que gera grandes problemas, vez que a Resolução do CFM nada mais é que um regulamento ético direcionado à classe médica, não solucionando problemas inerentes à ordem jurídica.

Nesse sentido, Gilza Mariane C. Borges enfatiza que “a necessidade de se criar uma legislação específica para lidar com essas situações é, então, efetiva e urgente” (BORGES, 2009, p. 123).

Acompanhado de todas as alegrias que esse avanço científico gera, vieram questionamentos de toda ordem, vez que as técnicas de reprodução envolvem vidas, tanto daqueles que desejam concretizar a paternidade e maternidade, quanto daqueles que serão concebidos por meio de tais técnicas, sendo imprescindível sua normatização.

3.1 O Banco de Sêmen

Para que a reprodução assistida heteróloga seja viabilizada, faz-se necessário a existência de bancos de sêmen, com o objetivo de captá-los e armazená-los em condições que permitam sua conservação para posterior utilização.

Desta forma, o banco de sêmen funciona como um “armazém de espermatozoides” a serem empregados nas várias técnicas de reprodução assistida. Nele armazena-se tanto material de inseminações homólogas (em casos de homens que se submeterão a tratamentos com químico ou radioterapia, por exemplo), quanto os materiais destinados às inseminações heterólogas, mantendo preservado o sêmen daqueles que, voluntariamente, doaram seus gametas para casais, cujo marido ou companheiro apresente infertilidade absoluta.

Os recipientes são identificados por códigos que levam ao arquivo do doador. Apenas pessoas credenciadas têm acesso a tais arquivos, assegurando, de forma absoluta, o anonimato do doador e o sigilo de suas informações.

Os bancos, então, catalogam as características dos doadores, para possibilitar que o sêmen a ser escolhido tenha as características fenotípicas mais semelhantes aos dos receptores. Assim, quando o material for compatível, esse será entregue ao casal para que executem a inseminação artificial heteróloga.

3.2 Direito ao Anonimato do Doador x Direito à Origem Genética

Inicialmente, devemos entender os aspectos que envolvem tais direitos. Assim, cabe um breve comentário a respeito da essência dos direitos existenciais. (CABRAL; CAMARDA, 2012, p. 16).

Os direitos existenciais, conceitualmente falando, são aqueles direitos inerentes aos seres humanos em qualquer época e lugar, estando relacionados com a dignidade humana.

Dentre os direitos existenciais tem-se a dignidade da pessoa humana, que consiste num valor essencial, reconhecido a cada indivíduo, cujo sustentáculo é uma obrigação geral de respeito à pessoa, traduzindo num elenco de direitos e deveres correlatos (CABRAL; CAMARDA, 2012, p. 17).

Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, elencada no artigo 1º, inciso III, tornou-se verdadeira cláusula geral, apta a tutelar as diversas situações envolvendo violações à pessoa, ainda que não previstas taxativamente. Segundo Wanderson Lago Vaz e Claiton Rego:

“A Constituição Federal colocou a pessoa humana em destaque, ao dispor que sua dignidade representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Trata-se de “uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”, na lúcida observação de Gustavo Tepedino” (VAZ; REGO, 2007, p. 188).

O constituinte, ao dispor a dignidade da pessoa humana de maneira tão elevada, deixou claro sua preocupação com a pessoa humana e a tutela de seus interesses.

3.2.1 O Direito de acesso à Identidade Genética

Trata o direito de acesso à identidade genética, ou direito ao conhecimento de suas origens, de um direito que envolve o ser gerado por meio da reprodução humana assistida heteróloga, garantindo a este o direito de conhecer sua ascendência genética. Busca-se com esse direito a possibilidade do indivíduo conhecer seu pai genético, ou seja, o doador.

Thiesen e Sparemberger conceituam identidade genética como:

“Identidade pessoal, a qual se define como uma idéia de relação do indivíduo com os demais membros da sociedade, um referencial social construído ao longo da vida, por meio de relações recíprocas que abrangem elementos genéticos da pessoa humana como um ser irrepitível, original e único, em constante construção no âmbito das relações interpessoais. Além ainda, de compreender uma dimensão relativa, na qual encontra-se ‘justamente a ideia de relação com as outras pessoas, ou seja, toda a construção da história pessoal, noção bem mais complexa e abrangente’.” (THIESEN; SPAREMBERGER, 2010, p.48)

Pode surgir um interesse da criança de conhecer sua origem, de quem herdou suas características biológicas, sua voz, altura, cor, cabelos, etc. Ocorre que o direito de conhecer a origem genética não se limita à busca do autoconhecimento. Também pode estar atrelada a um caráter médico, no sentido de resguardar o direito à saúde e a própria vida do indivíduo concebido. Nesse sentido Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que:

“Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida” (LÔBO, 2004, p. 54).

É nesse sentido, inclusive, uma das justificativas do projeto de lei do Deputado José Carlos Araújo, que argumenta que “este direito, também, pode ser conveniente se o filho vier a sofrer alguma enfermidade vinculada a herança genética, ou então, queira prevenir tais doenças”.²

Assim, é certo que toda pessoa tem a necessidade de saber sua origem, tratando-se, pois, de uma necessidade humana. Entretanto, o acesso à ascendência genética não significa direito à filiação, tornando-se, nas palavras de Lôbo, “inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente” (LÔBO, 2004, p. 54). Sua natureza é, portanto, de direito da personalidade no qual todo ser humano é titular.

Portanto ressalta-se que a busca pela origem genética tem como escopo o conhecimento, pela criança concebida, de sua história biológica, assegurando seu direito de personalidade, e não a busca pela paternidade em si. É esse o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo:

“Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga” (LÔBO, 2004, p. 53).

Portando, como concluem Paiano e Francisco:

“O direito de acesso à identidade genética não pode gerar obrigação patrimonial para o doador do material genético, seja pelo consentimento informado que retira essa possibilidade, seja pela natureza do pedido de acesso à origem genética, que não possui relação com a investigação de paternidade, seja pela existência de uma paternidade socioafetiva pré-constituída pela reprodução heteróloga, que não poderá ser substituída pela paternidade biológica” (PAIANO; FRANCISCO, 2011, p. 150)

O direito à identidade genética é tratado pela doutrina como um direito de personalidade, que busca proteger o bem jurídico – fundamental – identidade genética, que é uma das manifestações essenciais da personalidade humana, sendo direito do indivíduo

² Extraído do PL-4.686/2004 de autoria do Dep. José Carlos Araújo. Disponível em: www.camara.gov.br

gerado por reprodução heteróloga ter acesso aos seus dados genéticos (PAIANO; FRANCISCO, 2011, p.150/ 151).

No Brasil a proteção dos direitos da personalidade se fortaleceu com o advento da Constituição Federal de 1988. Apesar desse direito não estar expressamente previsto na nossa Carta Magna é possível sua proteção, haja vista a possibilidade de sua identificação, ao menos implicitamente, como ensina Selma Rodrigues Petterle *apud* Priscila C. Morales:

“Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade dessa investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana”. (*apud* MORALES, 2007, p. 18).

O direito de acesso à identidade genética é, portanto, um direito fundamental, já que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Isso porque os direitos fundamentais estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que aqueles direitos não expressamente previstos na constituição poderão ser considerados fundamentais se tiverem como base o referido princípio, como é o caso.

Dessa forma, o direito à ascendência genética é tido como direito fundamental de quarta geração, já que diz respeito aos direitos que estão surgindo com a modernidade e com o avanço tecnológico, como a eutanásia, a clonagem (PAIANO; FRANCISCO, 2011, p. 153).

Portanto, podemos concluir que o direito à identidade genética, por compor os direitos da personalidade tendo como base de proteção o princípio da dignidade da pessoa humana, é também considerado um direito fundamental ligado à esfera privada do indivíduo. Sendo assim deve ser tutelado e também garantido ao indivíduo concebido por meio das técnicas de reprodução artificial.

Assim, em contraposição ao direito de acesso à identidade genética está o direito ao anonimato do doador de material genético, que também é um direito fundamental da pessoa e será a seguir analisado.

3.2.2 Direito ao Anonimato do Doador de Material Genético

O direito ao anonimato do doador de material genético, assegurado pela Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina em seus arts. 2º e 3º, do item IV, estabelece sigilo total sobre as informações do doador, bem como daqueles que receberão o material doado. Vejamos:

“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 embriões, bem 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”.

O direito ao anonimato, portanto, consiste numa obrigação negativa, no sentido de não ser possível revelar a identidade civil do doador de material genético. Segundo Karla C. Cunha e Adriana M. Ferreira trata-se de uma:

“Vedação de revelar-se a identidade civil do doador de material genético, impossibilitando que o ser concebido por seu gameta, venha a conhecê-lo, admitindo apenas o repasse das informações sobre os doadores, em situações especiais e exclusivamente para médicos” (CUNHA; FERREIRA, 2008, s/p).

Não há na legislação brasileira qualquer regulamentação jurídica tratando especificamente do tema, ocasionando uma lacuna no ordenamento jurídico. Isto porque a resolução do CFM nada mais é que uma norma deontológica, que enumera regras éticas que devem ser observadas pelos médicos durante a realização dos procedimentos que envolvam as técnicas de reprodução assistida.

O direito ao anonimato do doador seria um importante instrumento que visaria à proteção da própria criança gerada por meio da reprodução heteróloga, sendo o anonimato “uma garantia de autonomia e do desenvolvimento normal da família fundada com auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga” (ZANATTA e ENRICONE, 2010, p. 104).

Além da proteção da criança, outro argumento favorável à manutenção do anonimato do doador, defendido pela classe médica, seria que a quebra desse anonimato acarretaria diminuição do número de doadores, dificultando o acesso às técnicas de reprodução assistida

daqueles que necessitam, sem contar os aspectos negativos que tal revelação poderá causar na vida do doador de material genético.

Portanto, trata o anonimato de um direito fundamental, garantido constitucionalmente através do direito à intimidade, consistindo este, segundo Carla Corrêa Cunha, na:

“Proibição de qualquer forma de divulgação dos dados de nossa existência sem a devida autorização da pessoa, no sentido de que todos têm o direito à reserva sobre o conhecimento de sua vida íntima. Em outras palavras, a intimidade é a autonomia inerente ao ser humano de preservar os aspectos íntimos de sua vida, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, referem-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo. Assim sendo, não poderia haver entendimento diverso nos casos de Reprodução Humana Assistida, nos quais o doador de material genético tem o direito de manter em segredo a sua identidade, preservando a sua intimidade” (CUNHA; FERREIRA, 2008, s/p).

Dessa forma o direito à intimidade visa tutelar a privacidade do indivíduo, protegendo do conhecimento de terceiros aspectos sobre a vida particular do indivíduo. É, segundo Denise Hammerschmidt e José S. Oliveira:

“Um direito inerente à pessoa, que não é preciso ser conquistado para ser possuído nem se perde por desconhecê-lo. É uma característica própria do ser humano pelo mero fato de sê-lo. Esse direito, que na Constituição Federal brasileira tem características de direito fundamental (art. 5º, X), apresenta suas raízes no direito ao respeito da liberdade da pessoa, que se encontra na base de todo tipo de convivência e de relações humanas.” (HAMMERSCHIMIDT; OLIVEIRA, 2006, p. 433).

O direito à intimidade embasa-se no princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo a autodeterminação da pessoa e os seus bens mais íntimos, sendo por isso considerado um direito fundamental e personalíssimo. Assim assevera Bittar *apud* Paiano e Francisco que:

“Esse direito reveste-se das conotações fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular. Nesse sentido, pode-se acentuar que consiste no direito de impedir o acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade. Trata-se de direito, aliás, em que mais se exalta a vontade do titular, a cujo inteiro arbítrio queda a decisão sobre a divulgação” (*apud* PAIANO; FRANCISCO, 2011, p. 156).

No âmbito desse direito de intimidade está o direito à intimidade genética que protege os dados genéticos do indivíduo, encontrando fundamento em diversos textos internacionais,

como a Declaração Universal do Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO, o convênio relativo aos direitos humanos e Biomedicina do Conselho da Europa e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (PAIANO; FRANCISCO, 2011, p 156).

Assim, o direito à intimidade genética pode ser conceituado como:

“O direito a determinar as condições de acesso à informação genética. O princípio da autonomia determina que o consentimento abarque também o controle sobre os dados genéticos obtidos. Esse direito do indivíduo de decidir por si mesmo acerca da utilização de seus dados médicos e especialmente de seus dados genéticos, implica o direito de poder aceder aos mesmos, controlar sua existência e veracidade e autorizar sua revelação” (HAMMERSCHMIDT; OLIVEIRA, 2006, p. 434).

Portanto, o direito fundamental e personalíssimo ao anonimato do doador de material genético, que visa à proteção da identidade do doador e à total inserção da criança na família jurídica, é tutelado pelo direito constitucional à intimidade, havendo ainda no âmbito de proteção desse direito, o direito à intimidade genética, que protege os dados genéticos do indivíduo.

Desse modo verifica-se uma colisão de direitos personalíssimos e fundamentais, estando de um lado o direito ao acesso à identidade genética, e do outro, o direito ao anonimato do doador de material genético.

3.4 Direito de Acesso à Origem Genética Frente ao Direito de Anonimato do Doador de Material Genético

Como demonstrado, não restam dúvidas de que ambos os interesses, seja o do doador de gametas ou o da criança gerada, encontram abrigo no texto constitucional. Então nos deparamos com o seguinte conflito: tem a criança concebida por meio das técnicas de reprodução assistida direito ao conhecimento de sua ascendência genética face ao direito de anonimato do doador?

No âmbito do Direito, os posicionamentos se divergem. Temos argumentos desfavoráveis ao anonimato do doador, de ordem constitucional, no sentido de que a imposição dessa obrigatoriedade atentaria a Lei Fundamental, já que a observância do anonimato iria de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois lesionaria a dignidade da criança ao retirar o direito de acesso às suas origens.

Todavia, o sigilo para outros é justificável, uma vez que a quebra do mesmo pode gerar grandes consequências, não só para o doador, como também para a criança concebida por meio de tal técnica, e por que não, para terceiros possíveis beneficiários dessas técnicas.

Contrariamente, e de acordo com a maioria dos projetos de lei, estão os argumentos de que o conhecimento da identidade nada tem a ver com dignidade humana, sendo que o anonimato é uma garantia de autonomia e do desenvolvimento normal da família fundada com auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga.

Thiesen e Sparemberger defendem o anonimato do doador, argumentando que:

“O anonimato do doador do material genético deve ser respeitado, porém não de forma absoluta, possibilitando-se, portanto, a investigação da origem biológica para fins de prevenção de doenças hereditárias e não com o intuito sucessório ou objetivando a desconstituição dos vínculos familiares estabelecidos” (THIESEN; SPAREMBERGER, 2010, p. 63).

Compartilhando do mesmo argumento temos Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Ivelise Fonseca da Cruz e Maria Claudia Crespo Brauner. Portanto para esses autores, o anonimato deve ser a regra, podendo excepcionalmente ser quebrado em casos de critérios médicos emergenciais, quando necessário para preservar a saúde e vida do indivíduo.

Ferreira e Cunha discutem que:

“O direito ao conhecimento da ascendência genética deve ser garantido por inúmeras razões, tanto de natureza biológica, com o intuito de prevenir doenças, quanto de natureza moral, para evitar as uniões incestuosas e ainda as de natureza psicossocial, referentes à garantia de um bom desenvolvimento psicológico da criança. Cumpre ressaltar que a possibilidade de conhecimento da origem genética jamais implicará na dissolução do vínculo parental anteriormente estabelecido com a família afetiva, merecendo tal relação ser protegida a todo custo” (FERREIRA; CUNHA, 2008, s/p).

Zanatta e Enricone acompanham a posição de Leila Donizetti e Belmiro Pedro Welter, ao defenderem que o não conhecimento da origem genética lesiona a dignidade da criança, pois:

“Ao privar a origem genética nega-se a dignidade de uma pessoa concebida a partir da técnica e reprodução assistida heteróloga, uma vez que, todo indivíduo tem direito de saber quem são seus pais biológicos, mesmo que isso não gere nenhuma relação de parentesco ou direitos e deveres entre eles” (ZANATTA; ENRICONE, 2010, p. 104).

Por fim, há quem sustente que “o sigilo da identidade do doador de sêmen é primordial para protegê-lo e incentivar as doações. Sem a garantia do anonimato, indubitavelmente, não haverá muitos interessados em ajudar aos casais com problemas de esterilidade” (MARTINELLI, 2011, s/p).

A doutrina brasileira, como vimos, é vacilante sobre o tema, não trazendo uma solução ao problema apresentado.

Assim, no próximo capítulo tentaremos traçar uma solução. Para tanto nos valeremos da Teoria dos Princípios, na versão desenvolvida pelo professor Humberto Ávila.

4 TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO SOLUÇÃO APLICAVÉL AO CONFLITO EXISTENTE

Como vimos, as técnicas de reprodução humana assistida trouxeram enormes benefícios à sociedade.

Arelado a todo esse desenvolvimento tecnológico, grandes questionamentos relacionados à prática da reprodução assistida surgiram, sem, contudo o correspondente avanço legislativo.

A falta de uma legislação específica sobre as técnicas de reprodução dá origem a um cenário instável, em virtude de celeumas jurídicas que se formam com a utilização de tais técnicas.

E é devido a essa carência legislativa que a solução do problema apresentado será principiológica. Para tanto nos valeremos dos ensinamentos do professor Humberto Ávila em sua obra Teoria dos Princípios.

Segundo Ávila os princípios seriam:

“normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2008, p. 78/79).

Assim os princípios seriam normas imediatamente finalísticas, pois visariam um fim a ser atingido. Os fins representariam uma “função diretiva”, um conteúdo desejado. Desta forma os fins estabeleceriam um estado ideal de coisas a ser atingido (ÁVILA, 2008, p. 79).

Os princípios “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas”, ou seja, para que se possa efetivar o estado de coisas é necessário a adoção de determinados comportamentos, diferindo das regras que, de outro modo, são imediatamente descritivas. Isto porque os textos normativos descrevem os objetos, exigindo do destinatário a adoção de um comportamento mais ou menos determinado, e do aplicador o exame de correlação entre a conduta praticada e a descrição normativa daquele objeto.

Os princípios, portanto, estabelecem um estado ideal de coisas a ser promovido, exigindo do aplicador um exame de correlação entre o estado de coisas a se promover e os efeitos que decorrem da conduta tida como necessária à sua promoção.

Ocorre que para que os princípios, ou até mesmo as regras, sejam aplicados são necessários a observância de algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não poderá ser apreendido. Tais condições essenciais são chamadas por Humberto Ávila de postulados normativos, “na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito” (ÁVILA, 2008, p. 133).

Os postulados normativos podem ser “meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito, ou aplicativos, cuja função é estruturar a aplicação concreta do Direito (ÁVILA, 2008, p. 122)”.

Esses postulados se distinguem dos princípios, e também das regras, pois enquanto estes são normas objeto de aplicação, os postulados são normas que visam orientar a aplicação de outras normas. Portanto os postulados estão num metanível, orientando a aplicação dos princípios e das regras.

Assim, a seguir traçaremos um caminho à solução do problema, apresentando o postulado normativo aplicativo que será utilizado na solução do conflito.

4.1 Postulados Normativos Aplicativos

O direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador são vertentes de dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito de personalidade e o direito à intimidade. Para indicarmos a solução do conflito envolvendo esse dois direitos, deveremos inicialmente esclarecer como solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, alicerces do nosso ordenamento, são direitos destinados à preservação da vida humana dentro de valores de liberdade e dignidade, visando a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esses direitos convivem harmonicamente entre si quando analisados abstratamente, ou seja, um direito fundamental nunca é contrário ao outro, mas se analisados num caso concreto, como no presente trabalho, poderá surgir um conflito entre eles.

Neste sentido, havendo colisão entre dois ou mais direitos fundamentais é importante que se busque o sacrifício mínimo dos mesmos, já que, ao contrário do que acontece com as regras, tais direitos não podem ser excluídos, mas apenas podem ter sua incidência diminuída numa determinada situação.

Portanto diante de uma colisão entre direitos fundamentais, deveremos observar algumas condições essenciais para que procedamos com a interpretação. Essas condições, como explica Humberto Ávila, são os postulados:

“Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios” (ÁVILA, 2008, p.181).

A definição dos postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas traz um relevante questionamento, a saber, os postulados poderiam ser enquadrados como princípios ou regras?

Segundo Ávila a resposta é negativa. Os postulados não se confundem com as regras ou princípios, já que estariam num nível diverso do das normas objeto de aplicação, além de possuírem funções diversas. Diversamente dos princípios, que impõe a promoção de um fim, e das regras, que descrevem comportamentos a serem seguidos, os postulados têm a função de estruturar a aplicação desse dever de promover um fim ou a aplicação de normas que descrevem os comportamentos. (ÁVILA, 2008, p. 135/136)

Os postulados, portanto, se aplicam para esclarecer questões que surgem com a aplicação do Direito, sobretudo para “solucionar antinomias contingentes, concretas e externas”. Contingentes porque surgem de modo ocasional diante de cada caso, concretas pois surgem de um problema concreto, e externas já que surgem em razão de circunstâncias externas ao ordenamento jurídico (ÁVILA, 2008, 133/134).

Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Alguns postulados aplicativos são utilizados sem a exigência de elementos e de critérios específicos, como por exemplo, o postulado da ponderação de bens ou da proibição de excesso. Outros, entretanto, têm sua aplicabilidade atrelada a observância de algumas condições. É o caso dos postulados da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

O postulado da igualdade “estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)” (ÁVILA, 2008, p. 181). Sua aplicação dependerá sempre de um critério diferenciador (por exemplo, idade, sexo) e de um fim a ser buscado (por exemplo, votação em eleição, licença maternidade), levando à

conclusão de que fins diversos levarão à utilização de critérios distintos, já que alguns critérios serão apropriados para a concretização de determinados fins, outros não.

A razoabilidade é um postulado que pode ser aplicado sobre três aspectos diversos. No primeiro, razoabilidade como equidade, no segundo, razoabilidade como congruência, e no terceiro, razoabilidade como equivalência.

Como explica Ávila, o postulado da razoabilidade:

“aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, 2008, p. 182).

Por fim, o postulado da proporcionalidade aplica-se aos casos que exista uma “relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A existência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (ÁVILA, 2008, p. 182).

Portanto, havendo colisão de direitos fundamentais quaisquer destes postulados poderão ser utilizados para solucionar o impasse a depender do caso concreto.

Do conflito de interesses apresentado no caso em tela observa-se que o postulado da proporcionalidade é o mais adequado juridicamente, pelo que passaremos a analisá-lo.

4.2 O Postulado da Proporcionalidade na Solução do Conflito

A idéia de proporção perpassa todo o Direito. Contudo o postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas acepções.

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre um meio e um fim, de modo a efetuar os três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse viés, o postulado da proporcionalidade possui aplicabilidade restrita, haja vista sua função de estruturar a aplicação de princípios que concretamente colidem numa relação de causalidade. Isto porque sua aplicação fica condicionada a observância de elementos. Segundo Humberto Ávila, “sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico” (ÁVILA, 2008, p. 162).

O exame de proporcionalidade faz-se necessário sempre que uma medida concreta estiver destinada a realizar uma finalidade, analisando as possibilidades dessa medida promover a realização do fim (exame da adequação), de ser a menos restritiva aos direitos envolvidos, dentre os demais que poderiam ser utilizados (exame da necessidade) e de a promoção do fim ser tão valorosa que justifique as desvantagens da restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Portanto, sem uma relação meio/ fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, devido à carência de elementos que o estruturam, ou seja, devido a carência na análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação* consiste na análise de o meio ser o mais adequado à realização do fim, ou seja, deve-se escolher um meio que promova minimamente o fim. Essa adequação (meio mais adequado) deverá ser avaliada no momento da escolha do meio, em momento prévio, considerando as circunstâncias existentes naquele momento. Assim, se os atos jurídicos forem gerais, a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim, mas se forem individuais, será adequada a medida que concreta e individualmente funcionar como meio para a promoção do fim almejado.

Já a *necessidade* envolve a verificação de meios alternativos àquela escolhida inicialmente. Esclarecendo, Humberto Ávila aponta que:

“Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. O controle da necessidade deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação do meio escolhido quando há um meio alternativo que, em aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições” (ÁVILA, 2008, p. 182)

Por fim, um meio é *proporcional* quando a importância da realização do fim superar o desvalor dos direitos fundamentais restringidos.

Para analisar a proporcionalidade em sentido estrito, “é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2008, p. 182).

Na colisão que toma forma com a utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga, para conseguirmos definir qual interesse deve prevalecer, se do ser gerado ou do doador, é preciso analisar cada situação de conflito. Assim, verificamos que os principais motivos ensejadores de uma investigação da ascendência genética teriam ora um viés psicológico, relacionado à curiosidade sobre aquele que possibilitou a concretização do projeto familiar, ora um caráter médico, a fim de se evitar eventuais doenças hereditárias ou tratá-las. Em razão disso, analisaremos cada caso separadamente.

Na análise sobre a proporcionalidade da restrição do anonimato do doador, na sua inter-relação com o direito a identidade genética, tem-se que o meio eleito (quebra do sigilo do doador) para levar a cabo o fim pretendido – conhecer aquele que possibilitou a concretização do projeto familiar de seus pais afetivos – mostra-se adequado. A medida é adequada porque concreta e individualmente funciona como meio para a promoção do fim.

No que tange à necessidade, elemento também inerente à proporcionalidade, considerando a situação fática da criança, por meio do caráter psicológico, o meio mostra-se necessário na medida em que alternativas não lhe restam senão a quebra do sigilo para se alcançar a fim pretendido, qual seja o de conhecer sua ascendência genética.

Contudo, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que o meio (quebra do sigilo do doador) é desproporcional, na medida em que a importância da realização do fim não supera o desvalor do direito fundamental restringido.

Apesar do reconhecido direito de personalidade da criança, as vantagens trazidas a ela (seu autoconhecimento, sua paz interior ao saber de onde vêm suas características), parecem bastante desproporcionais às desvantagens causadas ao doador que terá sua identidade civil revelada, sem sua anuência, podendo ocasionar grandes problemas em sua vida particular.

Uma das desvantagens que se verifica relaciona-se com a quebra do contrato de doação firmada entre os envolvidos. Sabemos que a doação de material genético é um contrato gratuito no qual as partes acordam que o sigilo é elemento essencial desse contrato. Ao doar o material genético, o doador estava ciente de que não teria conhecimento sobre os receptores, nem esses saberiam quem seria doador, sendo essa obrigação estendida ao ser

gerado. Assim, o receptor ao aceitar a doação tinha plena consciência de que não poderia investigar a origem do material que lhe foi doado. E mais, sabia que a criança concebida, apesar de não ter participado da celebração do referido contrato, deveria suportar os efeitos do referido acordo pactuado entre doador e receptor.

Assim não nos parece justo que após a celebração desse contrato, o doador tenha sua vida invadida pelo ser concebido, pois tal permissivo poderá acarretar grandes transtornos e constrangimentos na esfera pessoal do doador perante seu meio social em decorrência da procura desse filho.

Outra grande desvantagem relaciona-se com a própria doação em si. Como já dissemos outras vezes, a doação do material é um ato de filantropia. Na doação não há contraprestação, o doador o faz com intuito altruísta, a fim de ajudar aqueles que sofrem com a esterilidade, servindo o anonimato como estímulo à doação. Ao aceitarmos a prevalência do direito à identidade genética sobre o direito ao anonimato, estaríamos certamente inviabilizando a prática da reprodução assistida, pois não haveriam doações de material genético para essa finalidade, tendo em vista a insegurança do doador sofrer, futuramente, uma investigação promovida pela criança concebida.

Uma terceira desvantagem relaciona-se com o próprio bem estar do indivíduo gerado. Isto porque, ao se permitir a quebra do anonimato poderíamos influenciar de forma negativa na relação familiar dessa criança, podendo ocasionar sentimentos conflituosos entre ela e sua família afetiva, o que causaria grandes traumas nessa criança, interferindo, dessa forma, na sua qualidade de vida. Assim resta demonstrada a desproporcionalidade do meio.

Noutra toada, quanto ao caráter médico, temos que apesar de o meio (quebra do sigilo do doador) ser adequado, porque concreta e individualmente visa a promoção do fim (direito a vida, na medida em que possibilita que o indivíduo evite o surgimento ou trate doenças genéticas ou não), ele não é necessário haja vista existirem meios alternativos que possam promover igualmente o fim, sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados.

Na primeira possibilidade, qual seja de evitar o surgimento de doenças genéticas, o meio não é necessário. A Resolução do Conselho Federal de Medicina assegura que em situações especiais, na qual há necessidade de tratamento de saúde da criança concebida, todos os dados sobre o doador poderão ser acessados pela equipe médica. A vida é direito

constitucionalmente assegurado, devendo o Estado buscar todos os meios pertinentes à sua promoção.

Ocorre que a prevalência do direito ao anonimato, ao contrário do que muitos autores sustentam, não viola o direito a vida. O anonimato assegura ao doador a sua não identificação, mas não impede que a equipe médica acesse seus dados a fim de buscar o histórico médico de doenças. Portanto o problema pode ser solucionado com o simples acesso dos médicos as informações do doador.

Na segunda possibilidade, relacionado ao tratamento de doenças, o meio mais uma vez não se mostra necessário.

Como já afirmado acima, é assegurado pela Resolução do CFM que em casos especiais, envolvendo a saúde do indivíduo concebido, todos os dados sobre o doador poderão ser acessados pela equipe médica. Assim numa situação limite, onde a vida do indivíduo encontre em risco, entendemos que terá a equipe médica legitimidade para, acessando as informações, buscar o doador para que, consentindo, se submeta a tratamento médico e/ou cirúrgico em favor daquele indivíduo, preservando assim, a vida.

Como o doador não estará obrigado a submeter-se a qualquer procedimento de tratamento médico, ou mesmo cirúrgico, por iniciativa de terceiro que o procura, entendemos que a quebra do sigilo do doador não é o meio mais adequado a salvaguardar a vida do indivíduo, por haver meio alternativo que não restringe na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados, não justificando assim a invasão na esfera privada do doador.

Desta forma, o que o postulado da proporcionalidade exige, através dos três elementos parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu, é que se considere o peso de cada um desses elementos no caso concreto, buscando assim uma solução justa e equânime às partes envolvidas.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho tentou-se abordar o crescimento das técnicas de reprodução assistida, bem como a carência no ordenamento jurídico brasileiro de regras que tratem do tema.

Nesse sentido, vimos que a Resolução 1.957/2010 do Conselho federal de Medicina, apesar de ser uma norma direcionada a classe médica, é a única regulamentação atualmente existente.

Devemos deixar claro que a identidade genética é um direito assegurado a todo indivíduo, pois compõe os chamados direitos de personalidade. Porém quando em contraposição a este estiver o direito ao sigilo do doador, esse último irá prevalecer.

Utilizando-se do postulado da proporcionalidade, verificou-se que no conflito entre os direitos fundamentais (intimidade *versus* identidade genética), o direito ao anonimato do doador se mostrou mais relevante, portanto digno de ser privilegiado.

Constatou-se que os principais motivos justificadores do direito à identidade genética não se mostraram bastantes, haja vista os problemas advindos com a quebra do anonimato do doador. É possível assegurar o direito à saúde e à vida da criança concebida pela reprodução heteróloga, sem onerar em demasia o doador.

Devemos ter em mente que a doação de material genético se operou gratuitamente, sendo motivado apenas pelo altruísmo, tendo como garantia a certeza sobre o sigilo de suas informações.

Logo, concluimos que a quebra da identidade genética do doador não se mostra razoável, quando da análise do desvalor resultante do conflito intimidade *versus* origem genética, posto que o primeiro carece de maior proteção dada as consequências jurídico-sociais analisadas neste trabalho.

6 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA , Vasco M. *Biotecnologia em reprodução humana assistida*. Disponível em: http://biogilde.files.wordpress.com/2010/11/biotec_reprod_humana_ass_rpcg.pdf. Acessado em 15 de junho de 2012,

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, 8ª edição.

BORGES, Gilza Mariane Coutinho. *A Reprodução Humana Assistida e o Biodireito*. Revista do Curso de Direito da faculdade campo Limpo Paulista, Vol. 7, 2009. Disponível em: http://www.faccamp.br/graduacao/direito/downloads/revista_faccamp_7.pdf. Acessado em 26 de outubro de 2011.

BRASIL, PL-3.638/1993 de autoria do Dep. Luiz Moreira. Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, PL-2.855/1997 de autoria do Dep. Confúcio Moura. Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, PL-120/2003 de autoria do Dep. Roberto Pessoa. Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, PL-1.135/2003 de autoria do Dep. Pinotti. Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, PL-2.061/2003 de autoria do Dep. Maninha. Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, PL-4.686/2004 de autoria do Dep. José Carlos Araújo. Disponível em: www.camara.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, PL-90/99 de autoria do Sen. Lúcio Alcântara. Disponível em: www.senado.gov.br. Acessado em 16 de junho de 2012.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução Nº 1957/2010 (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79). Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acessado em 15 de junho de 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. *Apud* PAIANO, Daniela Braga; FRANCISCO, Guilherme Murinelli. *O direito de acesso à identidade genética em frente ao direito ao anonimato do doador de material genético: uma colisão de direitos fundamentais*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 137-169, jul./dez. 2011.

Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/132>. Acessado em 16 de junho de 2012.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Reprodução Medicamente Assistida: distinção entre filiação e origem genética*. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10171/reproducao-medicamente-assistida-heterologa>. Acessado em 18 de junho de 2012.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. *Intimidade versus origem genética: A ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga*. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/797>. Acessado em 18 de junho de 2012.

CASTRO, Priscila de Castro. *O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida*. Disponível em: www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/...2/Priscila_Castro.pdf. Acessado em 15 de novembro de 2011.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adrana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 11 de dezembro de 2008. Acessado em 03 de novembro de 2011.

FALCONI, Luiz Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. *A Inseminação Artificial Heteróloga no Código Civil de 2002: reflexos no Direito à Filiação*. Revista da Faculdade de Direito da UFG, vol. 32, 2008. Disponível em. Acessado em 15 de outubro de 2011.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As Técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Disponível em [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf). Acessado em 26 de outubro de 2011.

GREUEL, Priscila Caroline. *Doação de material genético: confronto entre o direito ao sigilo do doador, direito a identidade e eventual direito de filiação*. Disponível em <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewArticle/1888>. Acessado em 03 de novembro de 2011.

HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião. *Direito à intimidade genética: um contributo ao estudo dos direitos da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar, v. 6, n. 1, p.421-455, 2006. Disponível em: . Acessado em 16 de junho de 2012.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito "In Vitro": da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 3ª edição.

DANTAS, Ivo; ARAÚJO, Ionnara Vieira de. *Dignidade da pessoa humana e bioética*. Revista da Faculdade da UFG. Disponível em

<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12141>. Acessado em 31 de outubro de 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>. Acessado em 26 de junho de 2012.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. *Bioética e procriação artificial: afeto, sexualidade e identidade genética* (p. 174-187). Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Vol. 7, n. 7, 2010.

MARTINELLI, Lorbainy Ariane Lagassi . *Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga*. Revista Âmbito Jurídico, Nº 95 - Ano XIV - DEZEMBRO/2011 - ISSN - 1518-0360. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10916. Acessado em 18 de junho de 2012.

MORALES, Priscila Castro. O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf. Acessado em 16 de junho de 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. *As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais*, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1854/as-novas-tecnicas-de-reproducao-humana-a-luz-dos-principios-constitucionais#ixzz1xsZwAlX>. Acessado em 15 de junho 2012.

PORTAL, ABC da Saúde. Disponível em: <http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?665>. Acessado em 15 de junho de 2012.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais da Bioética*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, 9ª edição.

PETTERLLE, Selma Rodrigues. Contornos do direito fundamental à identidade genética da pessoa humana na Constituição brasileira *apud* MORALES, Priscila Castro. O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf. Acessado em 16 de junho de 2012.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida Heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética*. Disponível em: <http://66.228.120.252/textosjuridicos/720659>. Acessado em 20 de outubro de 2011.

PAIANO, Daniela Braga; FRANCISCO, Guilherme Murinelli. *O direito de acesso à identidade genética em frente ao direito ao anonimato do doador de material genético: uma colisão de direitos fundamentais*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 137-169, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/132>. Acessado em 16 de junho de 2012.

SALDANHA, Ana Claudia. *Efeitos da reprodução assistida nos direitos da personalidade*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6412&revista_caderno=6. Acessado em 16 de junho de 2012.

THIESEN, Adriane Berlesi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, Vol. 7, n. 7, (jan/jun. 2010), p. 33-65. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/307/230>. Acessado em 15 de novembro de 2011.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. *Dignidade da Pessoa Humana*. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 1, p. 181-196, jan./jun. 2007. Disponível em: www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/.../380. Acessado em 18 de novembro de 2011.

WANDERLEY, Adriana Artemizia de Souza. *A Reprodução Humana Assistida sob o enfoque das Normas Constitucionais Brasileiras*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6448. Acessado em 26 de outubro de 2011.

ZANATTA, Andréa Mignoni; ENRICONE Germano. *Inseminação Artificial: doação anônima de sêmen e a possibilidade jurídica de quebra de sigilo*. PERSPECTIVA, Erechim. V.34, n.126, p. 101-115, junho/2010. Disponível em http://www.uricer.edu.br/new/site/pdfs/perspectiva/126_111.pdf. Acessado em 15 de novembro de 2011.