

UNICESUMAR - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA E O SIGILO DO DOADOR
NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

MARIA EDUARDA DA CRUZ

MARINGÁ – PR
2020

MARIA EDUARDA DA CRUZ

**DO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA E O SIGILO DO DOADOR
NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof^a. Ma. Ana Claudia Rossaneis.

MARINGÁ – PR

2020

MARIA EDUARDA DA CRUZ

**DO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA E O SIGILO DO DOADOR
NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof^a. Ma. Ana Cláudia Rossaneis.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Ana Cláudia Rossaneis - Unicesumar

Prof. Ma. Camila Veríssimo Rodrigues da Silva Moreira - Unicesumar

Prof. Ma. Simone Fogliato Flores - Unicesumar

DO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA E O SIGILO DO DOADOR NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Maria Eduarda da Cruz

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar a importância da técnica da reprodução assistida para o direito de filiação, pois ao mesmo tempo que a técnica científica é importante para gerar vida, ela também produz consequências em relação aos valores morais, sociais e jurídicos. A análise será elaborada por meio do estudo dos conflitos entre o direito personalíssimo do indivíduo de conhecer a sua origem genética, visando à dignidade humana e o direito do doador de material genético de manter-se no anonimato. Como objetivos específicos, o trabalho pretende examinar as consequências físicas, sociais e morais do desconhecimento da origem genética, como a possibilidade de doenças genéticas e relacionamentos incestuosos que geram problemas de eugenia. Assim, parte-se de um problema: o conflito entre os direitos de sigilo do doador e o direito personalíssimo do conhecimento da origem genética. Desta maneira, com base nas consequências da inseminação, buscar-se-á a prevalência de um desses direitos para sua aplicação nos casos concretos e questões jurídicas. Esta pesquisa não visa à verdade absoluta, pois parte da premissa de que o conhecimento absoluto não é alcançável, uma vez que acredita-se que o direito deve acompanhar a realidade social, indagando, assim, respostas na doutrina, na jurisprudência e no avanço científico das técnicas de reprodução assistida. Desta forma, considera-se relevante o tema a ser pesquisado por sua contribuição para o avanço do direito, o qual deve acompanhar a evolução social e científica atualizando suas normas para que tenham eficácia e aplicabilidade por seus operadores e reflitam a realidade social. Por fim, obteve-se como resultado a prevalência do direito do anonimato do doador, sendo apenas realizado o conhecimento das informações genéticas enquanto a identidade permanece em sigilo. Além disso, conclui-se que deve haver a conscientização da população e dos legisladores da matéria em questão, para que haja a atualização das normas jurídicas acerca do tema.

Palavras-chave: Direito à identidade genética. Direito ao anonimato. Direito da personalidade. Colisão de direitos. Inseminação artificial.

KNOWLEDGE TO GENETIC ORIGIN AND DONOR SECRECY IN CASES OF HETEROLOGOUS ARTIFICIAL INSEMINATION: NA ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE RIGHTS OF THE PERSONALITY AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

ABSTRACT

The research aims to analyze the importance of the technique of assisted reproduction for the right of affiliation, because even with all the importance of the

scientific technique that generates life, it also generates consequences of moral, social and legal values. This will occur through the study of conflicts between the individual's personal right to know their genetic origin, aiming at human dignity, and the donor's right of genetic material to remain anonymous. Still as specific objectives, it is intended to examine the physical, social and moral consequences of ignorance of the genetic origin, such as the possibility of genetic diseases and incestuous relationships that also generate eugenics problems. Thus, a problem begins: the conflict between the donor's confidentiality rights and the personal right to know the genetic origin. Therefore, based on the consequences of insemination, the prevalence of one of these rights will be sought for its application in specific cases and legal issues. This research does not aim at the absolute truth, since it starts from the premise that absolute knowledge is not attainable, because it is believed that the law must accompany social reality, inquiring for answers in the doctrine, in the jurisprudence, and in the scientific advancement of assisted reproduction techniques. Therefore, the subject to be researched aims to contribute to the advancement of law that must accompany social and scientific evolution by updating its rules so that they are effective and applicable by their operators, thus reflecting the social reality. For this reasons, the prevalence of the donor's right to anonymity was obtained as a result, with only the knowledge of genetic information being used while the identity remains confidential, in addition to raising awareness among the population as well as the legislators of the matter in question, so that the legal rules can be update.

Keywords: Right to genetic identity. Right to anonymity. Personality right. Collision of rights. Artificial insemination.

1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana, graças à ciência e à tecnologia, tem avançado com novas técnicas. A reprodução assistida é uma delas. Neste procedimento, um indivíduo doa seu sêmen sem a intenção de tornar-se “pai”, mas apenas a fim de auxiliar uma mulher a conceber seu filho, prezando por seu anonimato. Assim, levantam-se diversas questões, como: “uma pessoa concebida por reprodução assistida, realizada com sêmen de doador anônimo, tem o direito de conhecer a sua origem biológica?”.

Por outro lado, este indivíduo – gerado por meio da reprodução assistida com material genético de um doador – tem o direito de conhecer a sua origem genética. Este direito é garantido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e por ser um direito personalíssimo. Além disso, faz-se necessário examinar as possíveis consequências que derivam deste anonimato, como as relações incestuosas, os impedimentos matrimônios que possam existir, possíveis doenças genéticas graves, ou outras que possam advir durante a vida, mas que necessitam de compatibilidade biológica para possível cura etc.

Assim, chega-se a uma colisão de direitos entre o direito do indivíduo de conhecer a sua origem biológica, e o direito do doador. Este é um debate científico e jurídico, pois enfrenta questões jurídicas e biológicas. Assim, diante desse impasse, pretende-se chegar à prevalência mais cabível para os direitos em questão, os quais merecem proteção legislativa. É preciso atentar-se, ainda, para a necessidade de regramento sobre o assunto, para, ao menos, harmonizar os direitos em colisão.

2 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com o avanço da ciência, as técnicas de reprodução humana assistida foram ganhando cada vez mais espaço devido à impossibilidade ou dificuldade de muitos casais gerarem filhos de maneira natural. Nesse sentido, a evolução da reprodução humana assistida é marcada pela evolução das pesquisas e experimentos da genética e vem, ao longo dos anos, rompendo limites e barreiras em relação à fecundidade de homens e mulheres, promovendo e proporcionando planejamento familiar por meio da oferta de diversas técnicas.

O aperfeiçoamento dessas técnicas tornou o processo de fecundação por

técnicas artificiais rotineiro e, conseqüentemente, além das inquietações bioéticas, as habilidades médicas reprodutivas passaram a ser vistas como um passo adiante na ciência e um progresso da humanidade. Assim, o fenômeno de controle da reprodução da espécie se fez um marco científico em meio a conflitos éticos e religiosos (MEDEIROS; LIMA, 2014; FERREIRA et al., 2017).

As técnicas mais utilizadas podem ser definidas em dois grupos. O primeiro grupo abrange a mais antiga e mais simples técnica, na qual a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, sendo chamada de Inseminação Artificial. Caso os gametas utilizados na reprodução assistida sejam do próprio casal, chama-se este procedimento de Inseminação Homóloga. Mas, caso um ou ambos os gametas sejam obtidos a partir de doadores anônimos, tem-se a Inseminação Heteróloga. Já o segundo grupo abrange a técnica mais moderna de reprodução assistida, na qual a fecundação se dá fora do corpo da mulher, passando pelo procedimento de fertilização in vitro.

Estas técnicas são muito utilizadas pelos casais. Na inseminação artificial, o sêmen é coletado e colocado diretamente na cavidade uterina para que possa fecundar os óvulos e, na fertilização in vitro, os gametas masculinos e femininos são manipulados para a formação do embrião que será transferido para o útero materno.

2.1 Da inseminação homóloga

A inseminação artificial homóloga é aquela em que fecundação ocorre pela doação de material genético pelo próprio cônjuge ou companheiro da mulher que o receberá. Maria Helena Machado (2011, p. 34), ao tratar do tema, afirma: “Se a introdução do sêmen é feita na futura mãe pode-se distinguir a inseminação em: homóloga ou heteróloga. A inseminação é homóloga se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador ocorre à inseminação heteróloga.”

Esta técnica ocorre normalmente mediante a introdução do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher ou por meio de inseminação in vitro. Nesse caso, a fecundação ocorrerá fora do corpo da mulher e, posteriormente, o embrião será implantado no útero feminino.

Em relação à aplicação da respectiva paternidade, está disposto no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro (2002):

Art. 1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III- Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

Assim, no caso da realização da técnica da inseminação homóloga, tem-se que o doador do material genético, no caso, o companheiro ou cônjuge da mulher em que foi implantado o material genético, será considerado o pai da criança concebida.

2.2 Da inseminação heteróloga

Esta é a técnica de inseminação artificial que interessa para a análise do conflito de direitos existente, pois consiste na coleta dos gametas de terceiro para que a fecundação seja feita em laboratório e, depois, na transferência desses embriões, em até 72 horas após a coleta, para o útero materno.

A regulamentação cabe à Resolução nº 2168/17 do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe que é de responsabilidade das clínicas médicas o controle de doenças infecciosas, o manuseio, conservação, transferência, distribuição e descarte do material genético dos pacientes. Além disso, a doação do material genético não pode ter finalidade lucrativa ou comercial, e os doadores não podem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. No entanto, as clínicas devem guardar, de forma permanente, um registro e uma amostra do material celular do doador, podendo, por motivo médico, fornecer estas informações exclusivamente para outros médicos.

Assim, não podem ser doadores os médicos e qualquer pessoa da equipe multidisciplinar das clínicas que atue na reprodução assistida. Ademais, a idade limite dos doadores é de 35 anos para mulheres e 50 anos para homens. Para que este procedimento aconteça entre casais homoafetivos e pessoas solteiras, é obrigatório o consentimento livre e esclarecido dos participantes da reprodução assistida, por meio de um formulário especial por escrito. Ainda, o procedimento sempre será realizado de acordo com o direito de objeção do médico.

3 DO DIREITO DA PERSONALIDADE

3.1 Do direito à filiação

Independente da forma como ocorreu a fecundação, toda criança nasce da união do gameta feminino (óvulos) e masculino (espermatozoides) de seus genitores, apresentando sua própria origem genética. Assim, a criança passa a ter o direito personalíssimo de saber sua origem genética.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina, em seu artigo 27, sobre o direito à filiação: “Art. 27 O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Assim, analisa-se que o direito à filiação é tido como um direito personalíssimo, em que somente o seu titular poderá exercê-lo. Quando o titular não possa exercê-lo, é indisponível, mas não se pode renunciá-lo. Além disso, é um direito imprescritível, podendo o indivíduo valer-se dele a qualquer tempo, uma vez que não cabe prescrição ou decadência. O direito a filiação é caracterizado, ainda, como uma relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos (TARTUCE, 2018, p. 1519).

Assim, o próprio Código Civil estabelece em seu artigo 1597, inciso V, “que presumem-se nascidos na constância do casamento filhos havidos da inseminação heteróloga, quando há a anuência do marido”. Portanto, há a importância da troca de laços afetivos e de solidariedade em relação à condição biológica.

Além disso, Paulo Luiz Netto Lôbo (2004) afirma que “o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano”. Portanto, toda pessoa tem o direito personalíssimo de ter conhecimento de sua origem genética, mas este não está associado ao relacionamento familiar.

Entretanto, deve-se respeitar o segredo de justiça em relação ao exercício do direito de filiação, imposto no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Assim, surge o embate entre o direito personalíssimo e o direito de sigilo da identidade do doador do material genético.

3.2. Do direito ao conhecimento da sua origem genética

A identidade genética é a referência biológica de cada pessoa e o seu conhecimento é um direito individual, personalíssimo e fundamental, mesmo que reconhecido de forma implícita na esfera do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade apresentam recorrente associação aos direitos fundamentais presentes na CF/88 e nos mandamentos constitucionais.

Assim, a relação entre os estes direitos está definida pela positivação de diversos direitos da personalidade no artigo 5º da CF/88 que trata dos direitos e das garantias individuais e fundamentais do homem.

Para Ingo Sarlet (2005), no caso específico dos direitos da personalidade, há divergências na doutrina. Para alguns, são direitos fundamentais positivados em legislação infraconstitucional. Para outros, são “a explicitação, mediante ato legislativo, de direitos implícitos ou mesmo decorrentes do regime e dos princípios, desde logo originariamente fundados na Constituição”.

[...] os direitos de personalidade têm sua gênese histórica, enquanto instrumentos jurídicos de proteção de aspectos da subjetividade humana, na categoria de direitos fundamentais individuais, que originalmente eram direitos atribuídos a indivíduos contra o Estado, destinados a preservá-los do uso arbitrário e abusivo do poder político (SARLET, 2005, p. 77).

Assim, estabelece-se que os direitos da personalidade seriam espécies, dos quais os direitos fundamentais seriam o gênero, pois apresentam conteúdos similares que devem convergir para afirmar e tutelar a dignidade da pessoa humana. Desta forma, os direitos fundamentais conteriam os direitos de personalidade, mas não se restringiriam a eles.

Além disso, há que se diferenciar, em relação à tutela do direito público e privado, que os direitos fundamentais são reconhecidos para proteger o indivíduo contra a ação do Estado, ou seja, no que diz respeito às liberdades públicas. Já os direitos da personalidade são aqueles que teriam, por sujeito passivo, um particular, no âmbito das relações privadas.

Desta forma, além da positivação de alguns direitos da personalidade, os demais, mesmo que sem expressa previsão legal específica, são protegidos, pois a Constituição Federal não apresenta um rol taxativo e extensivo, devido à presença da cláusula geral que implica na tutela de direitos materialmente significativos à personalidade humana, mas que não estão positivados.

Diante disso, visto que há o direito ao conhecimento da origem genética, analisam-se as razões para que surja este interesse. Conforme elenca Cândido (2007), estas são quatro:

- 1- A falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecido quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo;
- 2- Pode também ser movido pela vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimentos com os que lhe criaram;
- 3- Pode surgir da necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho socioafetivo;
- 4- Como pode também ter como partida a mera curiosidade sobre aquele ou aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.

A primeira hipótese parte da possibilidade da inseminação artificial heteróloga a ser realizada por pessoas solteiras. Neste caso, o filho (a prole) pode requerer o conhecimento biológico, pois não há a presença de um dos ascendentes. Esta hipótese gera controvérsia doutrinária, pois, ao mesmo tempo que o conhecimento genético não implicaria em nenhuma responsabilidade pelo doador além da biológica, estaria vulnerabilizando o direito ao planejamento familiar daqueles que não têm parceiros, entendendo que a criança necessita do conhecimento dos dois ascendentes para ter um desenvolvimento íntegro.

Em relação à segunda hipótese, deve ser desconsiderada, pois seria comum e vantajoso o filho requerer a paternidade biológica apenas visando ganhos financeiros. Assim, estar-se-ia na contramão do real significado da descoberta da origem genética.

A terceira hipótese é muito necessária e útil para o desenvolvimento saudável da vida do sujeito concebido. A partir desta, ao obter informações sobre o genitor e a carga genética, há a possibilidade de descobrir possíveis doenças preexistentes, implicando na realização de tratamento para essas enfermidades.

Por fim, a última hipótese é considerada possível por uma parte da doutrina, pois conhecer o ascendente faz com que o indivíduo entenda suas próprias características. No entanto, por não ser pacificado pela maioria, o próprio Cândido (2007) esclarece:

Afirma esta parte da doutrina que o argumento em que se baseiam os defensores do direito ao conhecimento, que se funda nos direitos de personalidade, alegando a necessidade do ser gerado de forma heteróloga de conhecer sua origem como meio para formar sua própria identidade, não

é forte o bastante, pois inúmeras crianças crescem em famílias monoparentais e formam sua identidade, de forma que o conhecimento da própria origem não é imprescindível elemento construtor da personalidade humana.

Além das hipóteses elencadas por Cândido (2007), acrescenta-se a possibilidade do incesto devido ao não conhecimento da origem genética, pois, além dos impedimentos matrimoniais existentes, o filho advindo de relação neste grau de parentesco pode nascer com problemas genéticos.

Assim, percebe-se que existem vários impedimentos para quaisquer das hipóteses que o ser gerado venha a arguir para descobrir o seu genitor, sendo estabelecidos pela Resolução do Conselho Federal de Medicina que reitera o direito de anonimato para o doador de sêmen. Apesar disso, grande parte doutrinária está ampliando a visão e reiterando o direito da personalidade do sujeito a descobrir sua origem, nascendo o embate a ser discutido posteriormente.

3.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana

Todos os direitos personalíssimos encontram respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, pois estes nascem com a pessoa, sendo direitos inerentes, desde o estado de feto até a morte.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A própria Constituição Federal reconheceu a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, em seu artigo 1º, inciso III, sendo um atributo reconhecido e protegido pela Constituição Federal, inerente a toda pessoa que nasce com vida. Assim, os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade da pessoa humana, sendo extremamente essenciais e visando uma proteção da pessoa humana e todos os direitos a ela inerentes, ou seja, todos os

que forem essenciais para a sua existência digna.

Além desses direitos, há o direito ao conhecimento da origem genética e o direito ao anonimato. Estes são vertentes dos direitos fundamentais, os quais entram em conflito de interesse com a prática da reprodução humana assistida heteróloga.

4 DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

Um dos maiores desafios enfrentados na realização da reprodução humana assistida é a garantia do sigilo da identidade do doador do sêmen. Esta garantia está depositada na Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, como se pode verificar:

IV- DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

4 - 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.

Observa-se que é obrigatório o sigilo sobre a identidade do doador, podendo ocorrer a quebra do sigilo apenas por motivações médicas, ou seja, a informação não pode ser passada a terceiros. Isso quer dizer que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Além disso, a Resolução do CFM determina que as clínicas tenham um controle e registros dos nascimentos para que um doador não produza mais de uma gestação de crianças do mesmo sexo em uma determinada localização, com a finalidade de evitar, futuramente, o incesto entre irmãos e pais. Ademais, a própria Constituição Federal (1988) estabelece:

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

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

Assim, o direito ao sigilo da identidade do doador é resguardado e amparado como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana pela própria Constituição Federal. Este sigilo da reprodução humana assistida visa

garantir que o doador tenha apenas o vínculo genético com o ser gerado e não tenha nenhum tipo de responsabilidade, garantindo a continuidade das doações e a realização dos receptores de constituírem uma família.

5 DO EMBATE ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DA PROLE VERSUS O DIREITO AO SIGILO DA IDENTIDADE DO DOADOR

Conforme explanado anteriormente acerca dos dois direitos, percebe-se que estes se chocam ao garantir ao indivíduo o direito a ter conhecida a sua origem genética e ao assegurar ao doador o sigilo de sua identidade. Assim, ambas as partes têm interesse na proteção de seus direitos e o reconhecimento de um perante o outro implicaria a modificação da vida pessoal do doador e do ser gerado.

Como foi possível constatar, o direito de conhecimento da identidade genética do doador está inteiramente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tida como cláusula geral de proteção, conforme conceitua Ingo Sarlet (2005). Além disso, esse conhecimento é tido como um direito da personalidade, dando ao ser gerado a permissão para buscá-lo. Porém, quando se trata do direito de sigilo da identidade do doador, há outros direitos a serem considerados, pois, além de ser um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, há o direito à intimidade e à privacidade do doador, conforme conceituado pela Constituição Federal de 1988.

Desta forma, quando os doadores decidem fornecer o seu material genético, o fazem por estarem seguros de que sua identidade não será revelada, conforme estabelecem as Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Assim, por mais que haja a possibilidade de exceção desse sigilo, o doador tem ciência dessa exceção e concorda com ela, pois apenas ocorre a quebra do sigilo por motivação médica, ocasião em que a sua identidade será revelada ao corpo médico, não chegando a terceiros.

Desse modo, se essa informação fosse repassada a terceiros, o doador poderia ser prejudicado, pois poderia passar a arcar com responsabilidades que não concordou em assumir ao realizar a doação de seu material genético. Ou seja, violar-se-ia o direito do doador, podendo, ainda, essa exposição fazer com que possíveis doadores desistissem de fornecer seu material genético de forma espontânea.

Assim, seria correto expor a identidade do doador de material genético mesmo contra a sua vontade? Ou, estaria correto o ser gerado ser privado de ter conhecimento de sua origem genética? A partir destes questionamentos nasce a colisão entre estes direitos que será discutida neste trabalho.

No estudo da colisão desses direitos não se busca a anulação de um em detrimento da prevalência do outro, mas sim a ponderação entre eles. Isto é, buscase quais são os limites de aplicação perante o caso concreto.

Ao examinar a questão do ponto de vista da pessoa gerada, constata-se a discussão acerca do impacto que esse anonimato traria para a vida desta pessoa. Assevera Donizetti (2007, p. 120):

No âmbito do Direito, os argumentos desfavoráveis ao anonimato do doador são de ordem constitucional, porquanto esteados no entendimento de que a imposição dessa obrigatoriedade atenta contra a Lei fundamental. Para essa corrente, a observância do anonimato do doador de gametas pelos “estabelecimentos” que cuidam da infertilidade, bem como para aqueles que fazem a doação do material, contraria o princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo eles, atinge tanto a criança, que nascerá com a utilização do material recebido, quanto o próprio doador. A dignidade da criança é lesionada quando é retirado o direito de ter acesso às suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento ela é quase que transportada para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lhe concedeu.

Contudo, apenas utilizar este argumento é inviável, visto que há vários estudos sobre a psique humana e o próprio reconhecimento do estado de filiação, os quais demonstram que o fator vínculo sanguíneo não é necessariamente tido como essencial para estabelecer uma relação de parentesco sólida e, conseqüentemente, para a construção de identidade do ser gerado.

Conforme defendido pelo princípio *ratio* norteador das questões que envolvem o direito de família, o laço de afeto é considerado fundamental para as relações familiares, sendo, em alguns casos, mais importante do que o laço de sangue. Portanto, o que importa é a relação de afeto do indivíduo com os receptores do material genético doado.

Em relação ao ponto de vista do doador do material genético, alguns pontos devem ser analisados. O indivíduo forneceu seu material genético munido do sigilo de sua identidade, assim a quebra desse geraria uma exposição de sua intimidade e escolhas perante a sociedade. Assim, ir-se-ia contra o seu direito de intimidade e

contra as regras estabelecidas na Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ademais, essa exposição de identidade poderia ser realizada pelo ser gerado ao tentar, ou exigir, qualquer tipo de contato com o doador do material genético, que, ao realizar a doação, não esperava que isto poderia ocorrer. Assim, a consequência deste contato poderia ser uma quebra do vínculo dos pais receptores do material genético com o filho gerado, pois estes, tidos como os pais, passarão a ter a intromissão de um terceiro em suas vidas, no caso, o doador, que poderá ser considerado como o pai biológico devido ao nascimento da prole ser proveniente de seu material genético.

Além disso, o doador poderia ser questionado sobre suas possíveis responsabilidades civis perante o ser gerado. Assim, conclui-se que:

A maior parte da doutrina e da legislação é pelo anonimato do doador. A revelação de sua identidade, tanto para o casal como para o filho, poderia gerar graves perturbações a todos os envolvidos: ao casal que teve o projeto parental, ao doador e ao filho, sobretudo se menor. Diferente disso é o segredo acerca de ter sido aquela criança gerada por fecundação artificial assistida heteróloga. A revelação dessa circunstância não implica a revelação da identidade do doador. Mas, mesmo em hipótese de revelação de sua identidade, nenhum vínculo jurídico deverá haver entre o doador e a criança nascida da fecundação artificial heteróloga. Da mesma forma, também o casal tem o direito ao segredo contra os interesses do doador. Também interessa ao casal que suas identidades não estejam ao alcance do doador, pois há o risco de este querer, de alguma forma, se aproveitar dessa revelação ou mesmo pode tentar reivindicar algum direito a respeito da filiação (BORGES, 2002, p.320).

Neste ponto, há de se ressaltar que se está tratando de seres humanos e que, de qualquer forma, há consequências morais, sociais, psicológicas e emocionais para ambas as partes, pois a revelação da identidade afetará a intimidade, privacidade e honra do doador, assim como afetará os direitos da criança advinda por essa forma de reprodução. Desta forma, tratamos de hipóteses, pois, por se tratar de um choque de direitos personalíssimos, somente frente a um caso concreto poder-se-ia analisar a melhor solução.

De acordo com o defendido por Maria Berenice Dias (2014) e Paulo Luiz Netto Lôbo (2014), é razoável que se conceda à progênie o direito de ter a sua identidade genética reconhecida, mas apenas no que se refere a informações acerca do genoma de seu pai ou mãe biológicos, para que se evitem eventuais moléstias físicas. Este entendimento relaciona o direito à identidade genética somente à saúde e à vida do ser gerado, o que garantiria uma postura favorável

acerca de sua saúde e impediria, por exemplo, a prática do incesto (DIAS, 2014, p. 694-696).

Esta solução permite que o ser gerado tenha conhecimento de suas informações genéticas enquanto a identidade do doador continua anônima. Assim, ambas as partes teriam os seus direitos assegurados e necessidades atendidas, garantindo uma ponderação desses, sem a anulação de um em detrimento do outro.

6 DA PONDERAÇÃO DESTES DIREITOS NO CASO CONCRETO

Em relação à preponderância do direito da identidade genética da prole e do direito ao sigilo da identidade do doador do material genético, buscar-se-á analisar os casos concretos em que houve a necessidade de sua aplicação e como as clínicas especializadas de determinado país e os órgãos judiciais reagiram perante estes casos.

6.1 Do caso alemão

Os cônjuges, que moravam em Dresden, na antiga Alemanha Oriental, decidiram firmar contrato com uma clínica de reprodução humana assistida para realizar o procedimento da inseminação artificial que daria vida à criança. No contrato, com a concordância de ambos os cônjuges, constava que o material genético utilizado seria de um terceiro, cuja identidade seria mantida em sigilo pela clínica.

A inseminação artificial ocorreu em abril de 1990 e a criança nasceu em dezembro de 1990, sendo imediatamente reconhecida como filha pelo pai registral, marido da mãe, que concordara com o processo de reprodução assistida e era presumidamente pai, de acordo com a legislação vigente do país, que se assemelha com o que estipula o atual artigo 1.597, inciso V, do Código Civil brasileiro.

Aos 23 anos de idade, a filha concebida tomou conhecimento do processo que gerou o seu nascimento e decidiu investigar a identidade de seu genitor, sendo para ela, neste caso, o doador do material genético. Desta forma, solicitou à clínica que realizou o procedimento que lhe informasse a identidade do seu pai biológico. A clínica recusou-se a fornecer qualquer tipo de informação, alegando que o contrato de doação do material genético continha cláusula que garantia o sigilo absoluto da

identidade do doador e que esta era conhecida por seus pais, os quais concordaram com ela.

Assim, a filha entrou com uma ação contra a clínica, visando que lhe fosse imposto, judicialmente, o direito de ter o conhecimento acerca da identidade do doador do material genético. Ela perdeu em primeiro e segundo grau, porém a Corte de Karlsruhe reconheceu, em grau de recurso, o direito da autora de conhecer sua origem biológica.

Trata-se do processo BGH XII ZR 71/18, julgado em 23.01.2019. O Tribunal de Justiça alegou que toda pessoa tem direito a conhecer sua origem biológica. Isso é uma decorrência direta do direito geral de personalidade, positivado na Lei Fundamental, o qual goza de proteção constitucional.

O Tribunal reconheceu a existência, no caso em exame, da colisão de várias posições jusfundamentais e, por isso, na ponderação dos interesses em jogo, analisou inicialmente o contexto fático no qual as partes estavam inseridas, ou seja, as relações contratuais existentes entre clínica-doador e clínica-pais. Nesse sentido, a clínica de reprodução tem o dever de revelar a identidade do genitor da filha, sem precisar temer indenização do doador, pois ela está juridicamente vinculada ao fornecimento dessa informação. Por outro lado, o doador também não precisa temer assumir qualquer responsabilidade pela filha biológica, porque a origem genética não cria, necessariamente, vínculo parental.

6.2 Caso australiano

Este caso retrata o procedimento da inseminação artificial realizado com o conhecimento acerca da identidade do doador do material genético, o qual é amigo do casal que solicitou a realização das técnicas de reprodução assistida por se tratar de uma relação homoafetiva. No ano de 2006, na Austrália, Robert concordou em doar seu material genético para que sua amiga realizasse a inseminação artificial. Desta forma, o nome do doador passou a constar na certidão de nascimento da criança gerada.

Após 10 anos da doação, em 2015, o casal homoafetivo decidiu mudar-se para Nova Zelândia e, assim, iniciaram-se os conflitos judiciais devido à presença do nome do doador na certidão de nascimento da criança. Na ocasião, a Suprema Corte da Austrália decidiu que Robert tem direitos parentais sobre a filha gerada por

suas amigas, pois, além de figurar na certidão de nascimento da criança, se manteve "extremamente próximo" dela, o que dá a ele o direito de se manifestar sobre a possibilidade de que ela vá morar na Nova Zelândia.

Além disso, apesar de não viver junto, segundo o Tribunal de Justiça, Robert tem um "papel central no suporte financeiro da menina, em sua educação e no seu bem-estar em geral", tendo direito a visitas regulares. Neste sentido, foi decidido pela Corte que a criança permanecesse na Austrália para que Robert exercesse os direitos elencados.

7 DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICÁVEL

A legislação brasileira sobre o tema é extremamente precária, devido à falta de uma legislação específica a ser aplicada para o tema. Desta forma, são utilizadas, como base de proteção e regulamentação, as Resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina, bem como os artigos da Constituição Federal e do Código Civil relacionado à temática, e, os princípios basilares do direito, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

7.1 Do conselho federal de medicina

Conforme consta no Portal Médico (2010), o Conselho Federal de Medicina (CFM):

O Conselho Federal de Medicina, CFM, é um órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica. Criado em 1951, sua competência inicial reduzia-se ao registro profissional do médico e à aplicação de sanções do Código de Ética Médica. Nos últimos 65 anos, o Brasil e a categoria médica mudaram muito, e hoje, as atribuições e o alcance das ações deste órgão estão mais amplas, extrapolando a aplicação do Código de Ética Médica e a normatização da prática profissional [...].”

Além disso,

[...] o CFM empenha-se em defender a boa prática médica, o exercício profissional ético e uma boa formação técnica e humanista, convicto de que a melhor defesa da medicina consiste na garantia de serviços médicos de qualidade para a população [...].

Assim, a partir de sua caracterização como um órgão fiscalizador e normatizador com atribuições constitucionais, o CFM passou a publicar Resoluções sobre as práticas médicas, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros, além de estabelecer a fiscalização por parte do Conselho.

Através da Resolução nº 2168/17 do CFM, estabeleceram-se normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, assegurando, primeiramente, a saúde do paciente e trazendo também alguns tipos de vedações. Nesse sentido, as técnicas utilizadas devem ter exclusivamente a finalidade de auxiliar casais inférteis e deve haver o consentimento informado obrigatório, elaborado em formulário especial e com a concordância por escrito, a qual deve ser obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Em relação à responsabilidade civil nestes procedimentos, esta será, obrigatoriamente, do médico que realizou a inseminação, estando incluídos os procedimentos médicos e laboratoriais. Dessa forma, deve-se apresentar um registro permanente, no qual será necessário relatar todos os procedimentos feitos pelo médico, desde a manipulação dos gametas até o nascimento da criança.

Em relação ao que mais importa, consta no item IV da Resolução que:

Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador(a). (Resolução nº 2168/17, 2017, Conselho Federal de Medicina).

Assim, conclui-se que o Conselho Federal de Medicina tem um papel importante na legislação brasileira, pois sua aplicação possui grande relevância ao orientar, detalhar e fiscalizar os procedimentos acerca das técnicas de reprodução assistida enquanto não há uma legislação específica sobre este tema.

7.2 Aspectos jurídicos

As questões jurídicas a respeito do tema, além de serem resolvidas pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, encontram fundamentação em alguns artigos da legislação brasileira que abordam a temática. Nesse sentido,

destacam-se alguns artigos e suas aplicações no processo da inseminação e do embate entre o direito à identidade genética da prole e o direito ao sigilo da identidade do doador.

Em relação ao procedimento da inseminação artificial heteróloga, em que o material genético provém de um terceiro, o Código Civil (2002) dispõe sobre a possibilidade da receptora ser casada ou viver em união estável. Neste caso, é obrigatória a autorização do marido ou companheiro, além do consentimento informado, conforme disposto no artigo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
(...)
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Assim, frisa-se que o filho concebido por inseminação artificial heteróloga será considerado como concebido na constância do casamento, sendo a paternidade considerada relativamente ao marido ou companheiro da receptora e não ao doador do material genético, o qual, neste caso, terá garantido o sigilo de sua identidade. O sigilo da identidade do doador vem respaldado na própria Constituição Federal (1988), conforme exposto no artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Desta forma, além de constar na Resolução nº 2168/17 do CFM que deverá ser mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, resguardando-se a identidade civil dos doadores, a CF/88 ressalta a inviolabilidade deste direito ao sigilo de identidade como sendo um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto posto, entra-se na proteção pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana, conforme disposto nos seguintes artigos da CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

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

E, no artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990):

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Assim, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como uma garantia advinda ao ser humano a partir de seu nascimento e que sempre deve se sobrepôr como forma de solucionar os conflitos quando a lei for omissa. Em decorrência deste princípio, há o objetivo de garantir os direitos da personalidade, como o caso do direito ao conhecimento da origem genética, sendo este interligado ao disposto no art. 227, § 6º da CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Bem como, relacionado ao artigo 1596, caput, do Código Civil (2002):

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Estes artigos indicam que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, ou seja, deve-se dar à criança gerada por reprodução assistida heteróloga o direito de saber sua origem da mesma forma que outro indivíduo, nascido de relações sexuais, tem conhecimento.

Desta forma, ressalta-se que ambos os direitos obtêm respaldo entre os

artigos da legislação brasileira, por meio do direito à intimidade do doador e o direito à igualdade entre os filhos da criança gerada pela inseminação artificial. Porém, a inexistência de uma lei específica dificulta a solução de conflitos que possam surgir. No entanto, sempre se busca aplicar o disposto nas Resoluções do CFM, bem como o que será benéfico ao ser gerado de acordo com o caso concreto.

8 CONCLUSÃO

A partir da observação de todos os casos e implicações relacionadas, conclui-se que o sigilo da identidade do doador na inseminação artificial deve ser mantido, pois a sua revelação resultaria em diversos problemas, como a exposição da intimidade e escolhas do doador perante a sociedade, tentativa de qualquer tipo de contato por parte do ser gerado com o doador, quebra do vínculo dos pais receptores do material genético com o filho, entre outros.

Assim, percebe-se que o sigilo deve ser mantido, mas não de forma integral, para que haja um equilíbrio na ponderação entre o direito do doador ao sigilo de sua identidade e o direito do ser gerado a ter conhecimento de sua origem genética. Dessa forma, seria razoável a concessão de informações acerca do genoma do doador para garantir uma postura favorável em relação à saúde e à vida do ser gerado.

Conclui-se que essa solução assegura ambos os direitos, pois permite que o ser gerado tenha conhecimento de suas informações genéticas enquanto a identidade do doador continua sendo respeitada. Ademais, por certo, deve haver uma legislação específica que trate o tema, e não um apenas posicionamento feito por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina, com o intuito de dar maior segurança ao procedimento e aos envolvidos, além de embasamento para que haja limites a serem respeitados, os quais não violem nenhum dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. LEI 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de julho de 1990.

_____. LEI Nº 10.406. Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

_____. **Resolução Nº 2.168/17**. 21 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/kujrw0tzc2mb/content/id/19405123/d01-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026>. Acesso em: 24 set. 2020.

CÂNDIDO. Nathalie Carvalho. Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga: Distinções entre filiação e origem genética. **Jus Navigandi**, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10171/reproducao-medicamente-assistida-heterologa>>. Acesso em: 05 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 2.013/13**. 16 de Abril de 2013. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/pdf/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020.

COSTA, Cristiano; CORRÊA, Marilena. Reprodução assistida: conceito. **Ghente**. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/index.htm>>. Acesso em: 20 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Leila. **Filiação sócioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GINECO. **Fertilização in vitro x inseminação artificial**. 31 de Janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.gineco.com.br/saude-feminina/materias-2/fertilizacao-in-vitro-x-inseminacao-artificial/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Doador de sêmen é considerado legalmente pai em decisão do Supremo**. 19 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/06/19/interna_internacional,1063008/doador-de-semen-e-considerado-legalmente-pai-em-decisao-do-supremo.shtml>. Acesso em: 10 out. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:

uma distinção necessária. **Revista brasileira de Direito de Família**, v.19, p. 133-156, 2004.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDEIROS, Mendell Fernandes de; LIMA, Walber Cunha. Aspectos Bioético-jurídicos da Reprodução Humana Assistida. **Revista UNI-RN**, Natal, v.13, n. 1, p. 11-35, jan./dez. 2014.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MIGALHAS. **Clínica de reprodução tem dever de informar a identidade do doador de sêmen**. 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/303148/clinica-de-reproducao-tem-dever-de-informar-a-identidade-do-doador-de-semen>>. Acesso em: 05 out. 2020.

PORTAL MÉDICO – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). A instituição. 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20671&Itemid=23>. Acesso em: 05 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.