

1 INTRODUÇÃO

O direito à identidade genética é um direito fundamental, pois garante que todos detêm o privilégio de conhecer sua origem genética. Porém, na inseminação artificial heteróloga, este direito entra em conflito com o direito ao anonimato do doador, que da mesma forma é um direito fundamental.

Com o intuito de compreender se há violação de direitos fundamentais quando no reconhecimento judicial declara-se a identidade genética em face do direito ao anonimato do doador, a presente pesquisa analisará no primeiro capítulo o direito à identidade genética, apoiado, principalmente, nas obras de Maria Berenice Dias, Manual de direito das famílias, e de Fábio Ulhoa Coelho, Curso de direito civil, para conceituar e compreender um pouco mais a respeito deste.

O primeiro capítulo apresenta acerca do Direito à identidade genética em relação à reprodução humana assistida heteróloga, desde sua criação até sua evolução nos dias atuais, explanando seu conceito e suas implicações jurídicas quando confrontada pelo direito à intimidade do doador.

Será estudado no segundo capítulo o direito ao anonimato do doador baseado, entre elas, nas produções de Guilherme Calnon Gama, A nova filiação: o biodireito e as relações parentais, e de Eduardo Leite, Procriações artificiais e o direito, para interpretar como surge e quem tem esse direito.

No segundo capítulo será abordado o Direito ao anonimato do doador, bem como seu conceito e sua implicação jurídica causada pela ausência de jurisprudência consolidada, causando assim diversos conflitos, até mesmo entre os doutrinadores a respeito deste tema.

No terceiro e último capítulo, será compreendido como ocorrem as violações à direitos fundamentais e determinar se no ato do reconhecimento judicial há violação de direitos fundamentais pela declaração da identidade genética em face do direito ao anonimato do doador, fundamentado essencialmente na obra de Edilson Pereira de Farias, Colisão de direitos e na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2,121 de 2015, para concluir se há violação.

Realiza-se, no terceiro capítulo, um comparativo entre os direitos estudados em questão entendendo mais a respeito dos direitos fundamentais e o que deve ser feito quando

há colisão entre os mesmos. Por fim, será solucionado o conflito através da relativização dos direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana sobrepõe-se ao direito do anonimato, referindo-se ao reconhecimento da origem genética, apesar de realizar a doação de seu material genético visando ter seus dados mantidos em sigilo, o doador do sêmen não terá seu direito sustentado quando este confrontar o direito ao reconhecimento da origem genética. Porém, ao ser reconhecido, o direito à origem genética não trará vínculo nenhum entre o doador e o receptor, não sendo transferido qualquer tipo de obrigação ao doador do material genético.

Logo, tem-se que o direito fundamental ao anonimato do doador poderá ser relativizado se o concebido pela reprodução assistida heteróloga carecer da aquisição dos dados genéticos por questão de saúde, que só serão sanadas com o conhecimento maior de suas raízes biológicas. Entretanto, em nada será afetado em relação à identidade civil do doador, nem será contraídas obrigações do direito sucessório e direito de filiação, com o objetivo de assegurar o direito à intimidade, garantido pela Constituição.

Com o escopo em analisar se há violações de direitos fundamentais quando no reconhecimento judicial, declarada a identidade genética em face do direito do anonimato do doador, este trabalho busca compreender os dois direitos estudados em questão, onde um deles é protegido pela Resolução nº 2.121 de 2015, do Conselho Federal de Medicina, examinando um pouco mais sobre o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador, para compreender o conflito entre os direitos fundamentais.

Busca-se uma possível harmonia entre os direitos, obtendo um posicionamento sobre este tema, pois, por ser um tema polêmico, a sociedade não possui uma resposta específica para solucionar tal conflito. Nem mesmo os estudiosos do âmbito jurídico possuem essa resposta clara, isso ocorre pela falta de legislação específica e o poder fica nas mãos do legislador para a resolução do caso concreto. Com o fim de esclarecer as dúvidas a respeito da existência de conflitos entre ambos os direitos, este trabalho poderá ser utilizado como base para resolução dos conflitos, para o âmbito judicial, e para um melhor entendimento a respeito do tema.

Serão avaliados individualmente os direitos em discussão, para que após determinado entendimento, sejam relacionados, averiguando assim a ofensa que um causa no outro pela falta de legislação.

No desenvolvimento do presente estudo, aplica-se o método dedutivo, utilizando-se como instrumento a compilação bibliográfica, aprofundando o entendimento através de doutrinas, artigos e legislações vigentes sobre o tema para alcançar o objetivo de solucionar o problema que é a colisão dos direitos fundamentais acerca da reprodução humana heteróloga.

2 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A partir do avanço da humanidade, inúmeras práticas científicas evoluíram, e com essas conversões da ciência é imprescindível que a cultura a acompanhe. As descobertas científicas no ramo da medicina ostentaram incontáveis proveitos à vida e à saúde dos indivíduos.

Neste primeiro capítulo será estudado o que é Direito à Identidade Genética, bem como sua evolução histórica, com o propósito de compreender um pouco mais a respeito deste tema, para posteriormente analisar sua aplicação no aspecto jurídico do Direito, e qual sua relação com o Direito ao Anonimato do Doador.

A inovação ligeira da medicina obteve grande impacto no Âmbito jurídico, essencialmente na esfera do direito da família, uma vez que inúmeras famílias escolheram a reprodução humana assistida para realizar o sonho da concepção.

Neste mesmo contexto, a reprodução humana assistida revolucionou a esfera da biotecnologia, produzindo diferentes reações nas estruturas familiares (DIAS, 2011, p. 366). Contrastando a diversidade de famílias encontradas nos dias atuais com as famílias de algumas décadas atrás, é perceptível a mudança em razão da alteração no conceito de família, que hoje é idealizado pelo critério socioafetivo e não unicamente pelo critério biológico.

“O critério da verdade socioafetiva é explorado pela doutrina cada vez mais. Afeto, amor, respeito, ternura, entre outros vocábulos, são usados para caracterizar o legítimo laço entre os filhos.” (NAMBA, 2009, p. 125). Sendo assim, embora não existindo vínculos consanguíneos, a paternidade e a maternidade poderá ser concedida pelo vínculo socioafetivo

2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A fertilidade do ser humano sempre existiu na comunidade, e data de alguns séculos. Os eventos ocorridos na área da ciências biológicas, médicas e semelhantes são resultado de um desenvolvimento que passou por mudanças consideráveis desde a Revolução científica, no século XVII e nos séculos XIX e XX, conforme Rotania (2003, p. 4).

A concepção de reprodução humana assistida surgiu na Idade Média, em aproximadamente 1300, no qual Le Bom realizou diversas tentativas de reprodução assistida

em animais. Somente em 1790 foi realizado um procedimento semelhante, através do inglês John Hunter, em uma mulher, de acordo com Jopper (2013).

Em 1978, Patrick Steptoe e Robert Edwards anuncia o nascimento de uma menina, chamada Louise, em Londres. Tal criança resultava da fertilização in vitro, onde recolhe-se óvulos do ovário de sua genitora para conseqüentemente serem fertilizados pelo espermatozoide do genitor. Posteriormente, o óvulo é fecundado no útero da mãe.

Conforme Coelho (2014, p. 169):

A imprensa chamou Louise de “bebê de profeta” e deu ao fato o costumeiro destaque escandaloso. Desde então milhares de casais com problemas de fertilidade, em todo o mundo, têm-se beneficiado da técnica para cumprir a mais gratificante das realizações humanas – ter filho.

Porém, segundo Rotania (2003, p. 11), no Brasil, as primeiras realizações acometeram diversos problemas. Como é o caso de Zenaide Maria Bernardo, a qual veio a óbito em um desses procedimentos cirúrgicos.

De acordo com Rotania (2003, p. 11):

Uma mulher brasileira morreu por causa das complicações dos tratamentos e manipulações em processos de RHA. É ilustrativo o caso de Zenaide Maria Bernardo, paulista de Araraquara, que constitui o primeiro óbito público do mundo decorrente das NTRc. O fato ocorreu em 1982, no Hospital Santa Catarina, na cidade de São Paulo, durante um treinamento de Fertilização in vitro ministrado pela equipe da Universidade de Monash, da Austrália, à equipe brasileira, sob a responsabilidade do médico Milton Nakamura.

Em 1984, nasce Anna Paula Caldeira, primeiro bebê profeta nascido no Brasil. Com a impossibilidade de uma nova gestação, Ilza Maria, mãe de Anna Paula, procura Milton Nakamura para realização do procedimento. Anna Paula foi o primeiro bebê profeta do Brasil e da América Latina, afirma Moura (2009, p. 14).

Nos dias de hoje, este é um procedimento utilizado com muita frequência por casais que possuem dificuldade para ter filhos. Mazza (2014) reitera que nos últimos 30 anos tais técnicas progrediram, porém o tratamento possui um custo bem elevado, e a realização desse procedimento só ocorre em apenas nove hospitais, através do Sistema Único de Saúde (SUS).

2.2 CONCEITO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com o desenvolvimento da espécie humana e a evolução da ciência sucederam diversas técnicas de reprodução assistida, conceituada como uma intervenção do homem no modo natural de procriação.

Para Cunha e Ferreira (2012): “É o conjunto de operações que tem o objetivo de unir, de forma artificial, os gametas femininos e masculinos, dando origem a um ser humano. [...] tem como finalidade auxiliar a fertilização, colocando espermatozoides e óvulos em contato próximo”.

Desta forma, quando a fertilização por meio da relação sexual não é suficiente para fecundação, isto é, quando não consegue procriação pelo meio natural, esta poderá ser realizada por meio das técnicas de fecundação artificial. Segundo Gonçalves (2012, p. 324) “o vocábulo fecundação indica a fase da reprodução assistida consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide”.

Com a finalidade de esclarecer melhor o que é inseminação, Frediani (2000, p. 135) conceitua: “Entende-se por inseminação artificial o processo pelo qual se insere no gameta feminino, seja *in vitro* ou aparelho genital da mulher, sêmen previamente escolhido”. Enfim, a reprodução humana assistida é executada sob assistência médica, com a finalidade de fertilização humana, através dos meios artificiais, por não conseguir realizar seus propósitos.

Dias (2011, p. 366) conceitua a inseminação artificial como “[...] reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida”.

Considerando as técnicas de reprodução artificial, deve-se considerar que nem todos os casais são férteis e possuem oportunidade de reproduzirem de forma natural, atualmente possui multiplicidade de sujeitos onde são formados diversos tipos de relações, entre eles estão os heterossexuais, homossexuais e mulheres e homens casados ou solteiros. Quando estes são impossibilitados de procriarem-se de forma natural, a biotecnologia facilita para essas pessoas, sem a necessidade do ato sexual.

No tocante às novas tecnologias reprodutivas, Diniz (2007, p. 498-499) esclarece:

Essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer o direito à descendência, o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a

vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, tendo em vista a perpetuação da espécie humana, entusiasmos a embriologia e a engenharia genética, constituindo um grande desafio para o direito e para a ciência jurídica pelos graves problemas ético-jurídicos que gera, trazendo em seu bojo a coisificação do ser humano, sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial que venha causar.

Leite (1995, p.27) assegura que o tal procedimento reprodutivo, o qual originariamente era considerado como a prática mais íntima do casal, com a concepção artificial, foi emitido em uma esfera de vasta cooperação, onde os óvulos e espermatozoides são tratados extracorporeamente, ou seja, em clínicas de reprodução humana assistida.

Esse procedimento reprodutivo gerou espécies, as quais podem ser classificadas como inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.

Conforme Moreles (2007), a inseminação homóloga é o procedimento executado com o material genético dos cônjuges ou companheiros, seja o sêmen ou o óvulo. Já inseminação heteróloga é o procedimento realizado com o material genético de um terceiro, ou seja, quando é usado o sêmen ou o óvulo de um indivíduo que não é o cônjuge ou companheiro, onde essa pessoa é anônima, portanto, é possível recorrer aos bancos de doações para que seja realizado o anseio da paternidade ou maternidade.

Esclarece, todavia, que com o uso do material genético de um terceiro manifestam-se questionamentos desconhecidos pelo Direito. Com o surgimento da espécie heteróloga, manifestou-se um novo ápice, uma mutação de paradigma, onde afetou indubitavelmente os vínculos afetivos e jurídicos da família.

2.3 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Atualmente a quantidade de crianças concebidas através das técnicas de reprodução humana assistida é cada vez maior. Porém ao utilizar essas novas técnicas origina-se um conflito entre o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador do material genético. Sendo assim, torna-se indispensável a solução do conflito supracitado em nosso ordenamento jurídico.

Para que compreenda um pouco mais a respeito do tema deste capítulo, é de suma importância identificar o que é realmente o direito à identidade genética. Neste contexto Almeida (2003, p. 127) menciona:

[...] toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.

Lôbo declara que (2004, p. 153) “o direito ao reconhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano”.

Lôbo (2004, p. 152) também expressa:

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 a preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.

Direito à identidade genética não está descrito explicitamente em nossa Constituição Federal, porém é um direito fundamental, uma vez que o rol de direitos fundamentais expressados na Constituição não é taxativo, possibilitando assim a implantação de novos posicionamentos jurídicos não positivados. Conforme Petterle (2007, p. 89):

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 de todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

Conforme Rodrigues (1999, p. 126), direitos da personalidade são naturais, pois todos os indivíduos possuem direito à vida, à liberdade intelectual e física, à sua imagem, seu corpo e sua honra.

A identificação da origem do indivíduo é um direito de cada ser humano, visto que é necessário conhecer sua origem genética para uma estruturação sociocultural de um indivíduo.

Para Brandão (2011, p. 133), o reconhecimento da origem genética é indispensável, pois:

Consiste em saber sua origem, sua ancestralidade, suas raízes, de entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, conhecer a bagagem genético-

cultural básica. Conhecer sua ascendência é um anseio natural do homem, que busca saber, por suas origens, suas justificativas e seus possíveis destinos. Não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, pela importância enquanto direito de personalidade.

Ainda que os direitos fundamentais não sejam princípios, são propostos para preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não podendo excluir nenhum desses direitos, em caso de colisão, visto que não existe uma ordem hierárquica entre eles.

Vale ressaltar que o direito de personalidade não é um mero aglomerado de direitos subjetivos, que resguardam a integridade física e moral da pessoa humana. É um direito fundamental baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Oliveira, (2004, p. 115):

O direito à intimidade e o direito ao conhecimento da ascendência genética são direitos fundamentais de personalidade garantidos pelo nosso ordenamento jurídico. São fundamentais porque são direitos humanos que o legislador recepcionou no ordenamento, e são de personalidade porque são direitos subjetivos atribuídos ao homem despojado do seu tipo social.

O texto constitucional reconheceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, princípio cuja finalidade é resguardar a pessoa humana em sua própria essência. Este princípio é base para maioria dos direitos considerados fundamentais. Na Constituição Federal da República, em seu artigo 1º, é feita menção ao Princípio da dignidade da pessoa humana, observando assim o papel fundamental do mesmo, encontra-se também em outros artigos da Carta Magna.

Entre os Direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana existe uma relação de dependência mútua. Neste sentido, descreve Camargo:

Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana é certo também que somente através da exigência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. Por essa razão, a exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais, encontra-se estreitamente vinculada ao respeito à dignidade da pessoa humana. (CAMARGO, 2007, p.116)

O direito de discernir sua origem genética é personalíssimo de qualquer pessoa, não sendo suscetível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade pelos pais. Sendo fundamental para a pessoa, em diversos aspectos: psicológico, sociológico, médico e jurídico.

Ao proporcionar ao filho o direito ao reconhecimento da origem genética, o doador estará fornecendo àquela criança a realização plena de seu direito de personalidade. Inúmeros são os posicionamentos cujo objetivo é distinguir a ação ao reconhecimento à identidade genética da ação de investigação de paternidade.

Nesta sequência, manifesta-se Lôbo (2004, p. 54):

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica [...] Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independente de origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido [...]. Nesse caso, o filho pode vincular os dados genéticos do doador de sêmen que conste nos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.

Averiguar sua identidade genética é a procura pelo seu genitor biológico. Sua finalidade é conhecer sua verdadeira origem e exercer o direito de personalidade, à medida que discernir a paternidade é um estado de filiação. Em um processo de investigação de paternidade, se julgado procedente o pedido, o pai estará vinculado a direitos e obrigações resultantes desse estado de filiação, inclusive com a decorrente modificação do registro civil. Na investigação da origem genética, pelo contrário, não se enquadra tais efeitos, pois é declarada apenas a origem biológica de um indivíduo, não atingindo assim obrigações pessoais e nem materiais.

Torna-se essencial identificar a diferença entre o estado de filiação e o direito de filiação, ambos consequentes da inseminação artificial heteróloga. Compreende estado de filiação o estipulado no art. 1597, inciso V do Código Civil, onde o marido ou companheiro da mãe, praticante da inseminação, autoriza a prática do ato, tornando-se o pai da criança gerada desde sua gestação. Direito de filiação nada mais é que a busca por sua origem genética, senda descartada pela doutrina brasileira quaisquer direitos e deveres.

No ponto de vista de Dias (2010, p. 352) no novo contexto social em que a sociedade se manifesta, encontra-se diversas formas de filiação, como: quando a criança é criada pelos pais, apenas pelo pai ou apenas pela mãe (socioafetiva), a dos filhos biológicos e aquelas determinadas pela lei, que são conhecidas como presumidas. A autora distingue da seguinte forma:

Ditas expressões nada mais significa do que a consagração, também no campo da parentalidade, do novo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial.

Se for desejo do filho, este poderá a qualquer momento, indagar sua origem genética sem que isso consista em diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, porém, o reconhecimento deste não provoca qualquer tipo de direitos decorrentes à filiação.

Deste modo, esse novo conceito de filiação traz às famílias um conceito diferenciado, onde o vínculo afetivo entre os pais e os filhos é a principal característica da filiação nos dias contemporâneos.

Portanto, a nova filiação proporciona uma percepção à adversidade pertinente a reprodução humana assistida executada através da inseminação artificial heteróloga. Uma vez que resguarda o direito da dignidade da pessoa humana concomitantemente com o direito da personalidade pelo conhecimento da origem genética, e em contrapartida, resguarda também o sigilo das informações dos doadores do material genético. Questiona-se qual deles deverá sobressair, pois ambos dispõem sustentação legal, no próximo capítulo será analisado um pouco mais a respeito do anonimato do doador para posteriormente ser solucionado o conflito entre esses direitos.

3 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

Notáveis foram as mudanças transcorrentes da medicina com o passar dos anos, e, conforme estudado anteriormente, o ordenamento jurídico não foi capaz de acompanhar tais mudanças, acarretando inúmeros conflitos jurisdicionais.

Neste segundo capítulo será compreendido o Direito ao anonimato do doador, com a finalidade de elucidar sua relação com o capítulo anterior, para solucionar o conflito entre o Direito ao anonimato do doador versus o Direito ao reconhecimento da identidade genética.

De acordo com Cunha e Ferreira (2012), para dar-se a fertilização heteróloga é utilizado o gameta de um doador anônimo a fim de que ocorra a fecundação. É imprescindível ressaltar que o princípio do anonimato do doador é considerado como a pedra fundamental dos tratamentos de reprodução assistida.

Segundo Gonçalves (2012), no procedimento da reprodução humana heteróloga há doação de gametas masculinos, femininos e de embriões. Ao doador é garantido o sigilo da identidade genética, vedando a divulgação de sua identidade civil. Haja vista que, no ato da doação, o doador não pretende manter vínculo familiar com futura concepção, nem se quer com a família que obteve a doação.

Ainda na concepção de Gonçalves (2012), na realidade, a doação só advém pela garantia dessa privacidade, pois o indivíduo que realiza essa benevolência não dispõe da presunção de conquistar proveito ou adquirir correlação com a criança. É simplesmente um ato humanitário.

A respeito da autonomia da doação, Gama (2003, p. 904) refere-se que:

[...] a pessoa humana, nas suas relações em sociedade, desfruta de vários direitos que se vinculam à tutela e promoção de valores básicos, tanto no campo individual quanto no social, que devem ser preservados para que a sociedade e as pessoas nela inseridas consigam atingir seus objetivos. Entre tais direitos há aqueles que conferem essencialidade e individualidade a cada pessoa na vida social.

Essa posição tem predominado nos tribunais no que tange a reprodução humana assistida, desta forma, Queiroz (2001, p. 91) destaca que “o anonimato foi levado à condição de princípio fundamental, aplicando-se inclusive à própria pessoa que foi concebida por procriação assistida”.

Outro defensor dessa corrente é Leite (1995), afirmando que a doação tem o dever de ser anônima, resguardando o maior interesse que é o da criança, e sucessivamente o concessor, tutelando contra qualquer esforço de relação de filiação, e ainda a família receptora de qualquer tentativa irregular do doador. Leite (1995, p. 145) fundamenta o anonimato do doador da seguinte forma:

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

Sendo assim, o autor salvaguarda o anonimato do doador e ainda alega que se a identidade deste for exposta, é permitido a este pleitear reparação civil aos encarregados dos danos a ele ocasionados.

Para o autor, “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação.” (LEITE, 1995, p. 339).

Preservando o direito ao anonimato do doador, Leite (1995) afirma que mantendo o anonimato, atende-se ao princípio dominante no direito de família, ou melhor, não desune os alicerces naturais de parentesco, ou seja, não consente que o concebido tenha um pai biológico e um socioafetivo.

É perceptível a preocupação de Leite (1995) no que tange ao abalo na estrutura familiar com divulgação do doador do material genético. O autor refere-se à existência de dois pais para a criança concebida por meio da inseminação artificial heteróloga. Analisando o ponto de vista biológico, a paternidade é estabelecida por quem forneceu o material genético.

Todavia, quando se fala em reprodução heteróloga, não há dúvida ao definir qual dos pais responsabilizar-se-á aos deveres paternos, por uma única razão: não existem dois pais. Existe apenas um pai e o outro é o doador.

No tocante a paternidade, refere-se Ribeiro (2002, p. 299):

O clássico sistema de filiação era estabelecido por presunções ou ficções jurídicas praticamente inatingíveis. A maternidade era atribuída com exclusividade à mulher no exato momento do parto. Por sua vez, a paternidade era estabelecida a partir de um critério nupcialista, que objetiva nitidamente proteger o patrimônio e garantir a paz familiar. Desta forma, a paternidade do filho concebido por mulher casada era atribuída ao marido desta, que possuía o direito exclusivo de impugná-la em limitadíssimo prazo e circunstâncias. Por outro lado, o reconhecimento do filho concebido por mulher solteira era determinada somente por meio do reconhecimento voluntário ou judicial do suposto pai biológico.

No Código Civil, o entendimento é firmado no sentido de que o indivíduo que colabora com o material genético é o pai da criança concebida por esse procedimento é banido, uma vez que a paternidade socioafetiva vem conquistando espaço importante em nosso ordenamento jurídico.

Ainda sobre o anonimato do doador, diversas são as opiniões doutrinárias, Brahe (2000, p. 112) compreende que deveria existir legislação prevendo a quebra do sigilo do doador do material genético através de ação judicial, porém, ao seu entendimento, as informações só deveriam ser transferidas à criança concebida pela inseminação artificial heteróloga quando esta completar a maioridade. Visando também que não é admitido vínculo paterno-filial.

Gama (2003, p. 903) complementa:

[...] os princípios do sigilo do procedimento (judicial e médico) e do anonimato do doador tem como finalidades essenciais a tutela e a promoção dos melhores interesses da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa [...] fruto de procriação assistida heteróloga.

Com o fulcro em resguardar a criança concebida nos casos de doação de gametas e embriões, medidas de proteção foram implantadas, a repercussão na exposição da identidade genética pode interferir no relacionamento e a interação com a família receptora, esquivando ainda que o doador interfira na vida dessa família.

Gama (2003, p. 803) discorre que deve ser mantido o anonimato das pessoas que participam do processo de reprodução assistida, todavia, no que se refere à pessoa concebida por este procedimento, perante reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à intimidade, identidade e privacidade, deverá ser propiciado o acesso às informações de sua história biológica, para que esta seja protegida contra possíveis doenças hereditárias, tornando-se único a possuir legitimidade para descobrir suas origens.

É nítida a fragilidade do assunto em questão, por haver divergências visíveis sobre a matéria. Inúmeros autores defendem o anonimato, embasando-se nos princípios da intimidade e da privacidade. Ao passo que outros, como Petterle (2003, p. 108), argumentam que “o direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo, pois, ser obstaculizado”.

Quanto a esse assunto, Pereira (2006, p.10) estabelece que:

O princípio do anonimato é visto princípio basilar e fundamental dos tratamentos de reprodução assistida heteróloga. O princípio a inviolabilidade da intimidade do

doador, também advém de diversos princípios constitucionais, basilares dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição brasileira.

Os posicionamentos contrários ao anonimato apoiam-se no senso de que não existe presunção de vínculo de filiação entre o doador e a criança, visto que é reconhecida a paternidade socioafetiva. Firma-se o entendimento apenas pelo direito de busca da identidade genética.

No Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) encontram-se opiniões de profissionais da área do Direito e da saúde em relação à identificação ou não dos doadores do material genético. Sendo considerável salientar algumas delas:

Em primeiro momento, vejo mais desvantagens. Se pensarmos no risco e benefícios, pode trazer consequências de ordem jurídica como ações judiciais de pedido de pensão ou heranças. Alegar o direito de saber quem é o pai biológico é um endeusamento da biologia; é valorizar o laço biológico, quando ele tem cada vez menos importância. Quem é o pai? O sujeito que cria com amor e carinho ou aquele que, por motivos que desconhecemos, resolveu doar um pouco de sêmen? A identificação dos doadores fará com que ninguém mais queira doar” (MARQUES, 2004).

Deve ser salientado que na opinião de Marques (2004) a probabilidade de minimizar o número de doadores nos bancos de materiais genéticos. Supondo que a maioria dos doadores não deseja ter sua identidade revelada, isso certamente iria desestimular a doação.

Proveitosa também é a perspectiva de Marque (2004), no sentido de que:

Ao pensar no benefício que representa aos casais que querem ter filhos, acredito que o sigilo deve ser mantido, ou ninguém mais vai querer doar. A Resolução do CFM prevê que não se pode utilizar o sêmen do mesmo doador mais de duas vezes numa determinada área. A possibilidade de casamento de consangüíneos é remota e não é maior do que a entre parentes gerados por relação sexual. Quanto ao direito de a pessoa saber quem é seu pai biológico, a forma como se faz inseminação hoje no Brasil não impede que isso seja possível no futuro. O laboratório ou clínica têm de preservar, sob sigilo, a identidade do doador. Se algum dia um juiz solicitar essa identificação, o médico pode consultar o Conselho de Medicina se deve ou não abrir o seu sigilo médico.

Em posicionamento favorável ao anonimato, Marques (2004) alega que “o anonimato é a única forma de se garantir que a doação de esperma seja um ato verdadeiramente desinteressado”.

Marques (2004) entende que “as soluções são boas, mas podem trazer mais problemas do que aqueles que se pretende evitar, podendo gerar uma série de situações

constrangedoras. No afã de salvaguardar determinados direitos de alguns, não pode se deixar de preservar os outros”.

É perceptível a existência de inúmeras opiniões em relação a defesa ou não do anonimato do doador. Há pareceres que firmam o anonimato absoluto, defendendo que se os doadores do material genético pudessem ser identificados o número de doadores diminuiria. Evidenciam que os doadores não desejam ter o risco de ter cobrança de direitos a respeito de paternidade. Entretanto, há correntes que apoiam a permissão da identificação do doador se a pessoa que foi concebida através do método da inseminação artificial heteróloga desejar. Encontra-se também uma corrente intermediária que apoia revelar a identidade do doador em casos especiais.

3.1 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

A carência de legislação específica no que concerne as técnicas de reprodução assistida dá início a um quadro de grande volubilidade, em relação aos dilemas jurídicos que surgem com o procedimento dessas técnicas, digno de ênfase, quando se trata ao direito do anonimato e a proteção do princípio da intimidade.

Na perspectiva de Pereira (2015, p. 9):

O princípio do anonimato é visto principio basilar e fundamental dos tratamentos de reprodução assistida heteróloga. O principio a inviolabilidade da intimidade do doador, também advém de diversos princípios constitucionais, basilares dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição brasileira.

Para Pereira (2015), o direito de intimidade do doador do material genético é notório, visto que a própria Constituição declara a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, no que tange acerca da reprodução assistida heteróloga.

O princípio da intimidade é o direito dado a cada indivíduo de resguardar os fatos íntimos de sua vida, e o direito à intimidade e à vida privada referem-se à independência devida de cada ser humano.

O anonimato do doador é um tema de expressiva contestação, uma vez que não existe decisão definindo até onde sua identidade será preservada e se esse anonimato colide com o interesse do filho concebido artificialmente.

O anonimato desse doador fundamenta-se no Princípio da inviolabilidade da intimidade, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5, inciso X, *in verbis*:

Art. 5. 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;

O artigo relatado estabelece que advindo a violação do regulamento constitucional a suposta vítima terá direito de ingressar em juízo ação de indenização contra quem praticou o dano de ordem moral ou material. Prosseguindo no mesmo critério, o art. 21 do Código Civil de 2002, dispõe que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O artigo 21 do CC/02, de certa forma, distancia da ideia de que o indivíduo que doou seu material genético seja o “pai” da criança concebida. A paternidade socioafetiva é pacificada em nosso ordenamento jurídico e prevalece sobre a paternidade biológica.

Um dos fundamentos utilizados pelos doutrinadores é que a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, o direito à intimidade é considerado um direito de personalidade, e tem como objetivo resguardar o indivíduo das intervenções dos outros, de maneira que seja possibilitada a realização de seus exercícios em harmonia.

Carvalho (2009, p. 753) diferencia intimidade de privacidade:

Por privacidade devem-se entender os níveis de relacionamento ocultados ao público em geral, como a vida familiar, o lazer, os negócios, as aventuras amorosas. Dentro, contudo, dessa privacidade há outras formas de relações, como as que se estabelecem entre os cônjuges, pai e filho, irmãos, namorados, em que pode haver abusos e violações. Assim, na esfera da vida privada há um outro espaço que é o da intimidade

O direito ao anonimato abrange a todos, sem distinção, isto é, não envolve apenas o doador do material genético, mas a todos que obtivera benefícios com o processo reprodutivo. Desta forma, está expresso pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121 de 2015, no seu inciso IV, 2 e 3:

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

[...]

4- Será mantido, obrigatoriamente, o 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).

Desta forma, a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina no Brasil, compreende que o anonimato é regra, protegendo não apenas o doador, como também os favorecidos pela técnica de reprodução assistida, do desempenho integral da maternidade e paternidade, que serão os pais legalmente dessa criança perante a sociedade.

Todavia, essa Resolução admite que em situações especiais, por motivos médicos, poderá ser repassadas ao médico informações sobre o doador. Neste sentido, Brauner (2003, p. 88) afirma:

[...] a identidade do doador só pode ser revelada em casos de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informações genéticas indispensáveis à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa.

É de suma importância que o anonimato do doador seja mantido, para que assim a família tenha um desenvolvimento normal garantido, além do que ter conhecimento da origem genética do doador do material genético não é importante para se constituir uma família.

Gasparotto e Ribeiro (2008, p. 372), dizem a respeito do conflito que ocorre entre os direitos estudados em questão:

Nos casos de colisão de direitos fundamentais existem princípios constitucionais que podem ser utilizados como parâmetros para que se verifique qual deve prevalecer, tais como o princípio da proporcionalidade e adequação, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, baseado na dignidade da pessoa humana, na proporcionalidade, na adequação, e diversos outros princípios, serão utilizados para ponderação dos interesses que se encontram em colisão.

Exposto tais argumentos, é perceptível a manifestação de diferentes posicionamentos, em relação aos quais o direito fundamental deve predominar. A Constituição Federal garante a inviolabilidade de ambos os direitos, tanto o direito à intimidade da pessoa humana, quanto o direito à identidade genética, sendo assim, o próximo capítulo irá solucionar tal conflito utilizando uma forma comparativa de ambos os direitos e distinguir qual direito será menos afetado com a lesão causada por essa colisão fundamental.

4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana foi trazido pela Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, que é utilizado como base para os direitos dos cidadãos e para nortear os possíveis conflitos existentes entre os homens. Todavia, em se tratando de reprodução assistida, são omissas legislações que as regulamentam, tendo o julgador que usar os princípios constitucionais, a Resolução do Conselho Federal de Medicina é usada para elucidar os conflitos existentes.

A Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à intimidade da pessoa, assim como o direito à sua identidade genética. Conforme os argumentos apresentados nos capítulos anteriores é visível a colisão entre esses direitos.

Os direitos fundamentais em questão procedem do princípio da dignidade da pessoa humana. Será utilizado esse princípio para suceder a relativização dos direitos fundamentais.

Quando ocorre a colisão entre direitos fundamentais é utilizado a ponderação para analisar o direito requerido, sendo direito à identidade genética ou proteção a intimidade. Utiliza-se como base para analisar esses requerimentos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, buscando a oportunidade de reduzir o prejuízo dos envolvidos, para que nenhum princípio seja priorizado, com vistas de que todos os princípios possuem a mesma relevância, como podemos observar o parecer de Farias (1996, p.93):

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como evidencia a tipologia enunciada. Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais. Resulta, então, que é frequente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão de direitos fundamentais.

Desse modo, é confusa a relação entre o direito de identidade da pessoa gerada pela reprodução assistida heteróloga e o direito à intimidade do doador, o qual garante seu anonimato. O direito à identidade pessoal, como já abordado, é direito fundamental, ou seja, irrenunciável e imprescindível. Todavia, esse direito ainda não foi regulamentado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos fundamentais objetivam a proteção da Dignidade da Pessoa Humana, sendo assim, é indispensável compreender que a colisão entre esses direitos é inerente à

proteção realizada dos direitos individuais de cada um. Perante a falta atual de legislação de lei regulamentadora em relação à reprodução assistida heteróloga, a insegurança remete a todas as partes envolvidas, sendo assim, utiliza-se como solução a relativização de um desses princípios, prevalecendo um bem maior, neste sentido Faria (1996, p.93) descreve:

Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Noutras palavras, quando o Tatbestand (pressuposto de fato) de um direito interceptar o pressuposto de fato de outro direito fundamental.

Para Gomes (2007) é necessário realizar uma interpretação dos princípios que entraram em conflito, depois, deverá ser estabelecido uma hierarquia axiológica, cogitando o possível impacto de sua aplicação no caso concreto, em que a norma com o maior valor axiológico prevalecerá e a com menor valor submeter-se-á, ao ser deixada de lado, para a decisão do conflito no caso concreto.

Atualmente, incumbe ao judiciário quando da análise dos casos concretos, a interpretação dos princípios, ou seja, a realização da ponderação a respeito dos princípios fundamentais conflitantes caso a caso.

Em conformidade, entende Farias (1996, p. 95) que:

Desde logo, a solução do confronto entre os direitos fundamentais é confiada ao legislador quando o texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Assim, verificada a existência de reserva de lei na constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver a colisão comprimindo o direito ou direitos restringíveis, respeitando, é claro, requisitos tais como o núcleo essencial dos direitos envolvidos.

Por ter grande relevância, inúmeros estudiosos de bioética buscam sugerir possíveis soluções. No entanto, não há ainda um posicionamento pacificado, não havendo previsão legal que o regule expressamente.

Tinant (2012) escreveu sobre este tema, em sua obra há três correntes que objetivam solucionar tal questão. A primeira delas diz respeito ao anonimato total, buscando priorizar o direito de intimidade do doador, não permitindo à criança gerada conhecer os dados pessoais do doador, nem posteriormente, com a maioridade. Objetivando a segurança do doador, que não manifestou vontade procriacional, sendo assim, não precisará enfrentar ações alimentícias, sucessórias e filiatórias.

A segunda corrente é a do anonimato relativo, onde Tinant (2012) defende o anonimato do doador, porém existem chances do conhecimento da identidade biológica, por

parte da pessoa gerada. Contudo, esse conhecimento não poderá gerar ao doador nenhuma influência conseguinte da filiação.

Por fim, a terceira corrente defende não apenas o conhecimento da identidade biológica, mas também permite o conhecimento da identidade pessoal do doador. Todavia, sem que possa ser gerada qualquer obrigação da filiação.

É importante observar na obra de Tinant (2012), que a maioria das disposições preveem expressamente que na inseminação heteróloga ao marido é reconhecida a paternidade, logo que este tenha autorizado, afastando assim a responsabilidade do doador. Porém, continua sendo discordado a possibilidade de a criança conhecer a identidade de seu doador.

Observa-se então a divergência de posicionamentos adotados em todos os países, constatando a peculiaridade de cada caso concreto, envolvendo a colisão entre os direitos fundamentais. Nesse sentido, Farias (1996, p. 96 a 98) visa solucionar os conflitos da seguinte maneira:

Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios, o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica em regra, ao caso de colisão entre os direitos fundamentais. Assim, para solucionar a colisão de direitos fundamentais, a doutrina propõe os seguintes passos metodológicos: 1) Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira caberia, inicialmente, ao intérprete-aplicador determinar a Tatbestando (âmbito de proteção) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas de fato protegidas pela norma constitucional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão, porquanto essa primeira etapa poderia excluir desde logo a hipótese de colisão, sendo esta apenas aparente. [...]

2) Verificada, no entanto, a existência de um autêntica colisão de direitos fundamentais cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nessa tarefa, pode guiar-se pelos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros, fornecidos pela doutrina.

Dessa maneira, na reprodução humana assistida, respectivamente na inseminação heteróloga, sucedendo o conflito entre o direito a identidade genética e direito ao anonimato do doador, compete ao julgador analisar com base na ponderação de interesse e na hierarquia axiológica, realizando um juízo de valor, o qual direito fundamental será garantido e satisfeito, sendo o sigilo do doador ou o conhecimento da origem genética, que é essencial, indisponível, intransmissível e irrenunciável, por se tratar de um direito da personalidade humana de todos os indivíduos.

Ferraz (2011, p. 133) explica que reconhecer sua ascendência:

Consiste em saber sua origem, sua ancestralidade, suas raízes, de entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, conhecer a bagagem genético-cultural básica. Conhecer sua ascendência é um anseio natural do homem, que busca

saber, por suas origens, suas justificativas e seus possíveis destinos. Não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, pela importância enquanto direito de personalidade. (...) Na maioria das vezes, pretende-se ter acesso à origem genética por questões psicológicas, pela necessidade de se conhecer. Em certos casos concretos, o fato de não se saber de onde veio do ponto de vista biológico, pode comprometer a integração psíquica da pessoa.

Considerando os direitos em questão, frente ao princípio impositivo que é a dignidade da pessoa humana, utilizando da razoabilidade e proporcionalidade, ver-se-á que a criança gerada pela reprodução heteróloga está protegida, pois seus motivos são mais relevantes frente aos motivos do doador, buscando a revelação de sua identidade biológica. Sobre este assunto, segundo Gama (2003, p. 910), observa-se:

No caso da procriação assistida heteróloga, diante da completa impossibilidade de se estabelecer vínculo de parentalidade-filiação entre doador e a pessoa que foi concebida, mostra-se totalmente despropositada a postura do primeiro pretender impedir o acesso à sua identidade apenas em favor da pessoa que foi concebida com seu material fecundante, sob o argumento do direito à intimidade.

Destarte, entende-se que reconhecendo a identidade genética, não há o direito de filiação, relacionando aquele que doou o material feminino ou masculino, mas não dá direitos ao doador de impedir que a pessoa concebida tenha acesso aos seus dados biológicos.

Existem diversas jurisprudências associadas aos direitos em questão, direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador. No ano de 1996 foi firmada uma jurisprudência bastante polêmica, o Supremo Tribunal Federal garantiu nela o direito de recusa do réu ao exame de DNA, para que sua intimidade fosse protegida, inibindo assim o direito da outra parte tomar conhecimento de sua origem genética.

Contudo, o Supremo Tribunal de Justiça instituiu disposição em sentido contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal, autorizando assim o exame de DNA, mesmo após o falecimento do provável genitor, passando a entender que a coleta de material genético do provável genitor não acarretaria nenhum prejuízo, e não iria ferir sua intimidade. O recurso foi provido com a fundamentação de que “na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica não acolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”. Autorizando assim, a coleta do material genético para a efetivação do DNA, proporcionando o conhecimento da origem genética, veja-se:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO.

DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. 130CPCI - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. II - Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. CPC 267 § 3º. III - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz. (REsp 222445 PR 1999/0061055-5, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/03/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.04.2002 p. 246 RDR vol. 23 p. 347 REVFOR vol. 367 p. 226 RSTJ vol. 157 p. 418).

É notório, ainda que os julgados citados anteriormente firmam entendimento quanto ao direito de investigação de paternidade, percebe-se que o Supremo Tribunal de Justiça – STJ consolidou o entendimento por resguardar não só o direito à investigação de paternidade, mas, especialmente, o direito ao conhecimento da identidade genética, opondo-se ao direito de inviolabilidade da intimidade, visto que o recolhimento do material genético não seria tão ofensivo quanto o não conhecimento da origem genética. Conforme provido o Recurso Especial nº 807849, com a seguinte justificativa:

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Buscada ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô. – Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos artigos 5º e 226, da CF/88.- O artigo 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinidade, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que esteja gerações;[...] Recurso Especial Provido. (STJ – REsp: 807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 – SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010).

O Projeto de Lei nº 115/2015, do Deputado Federal Juscelino Rezende Filho aconselha que seja instituído o Estatuto da Reprodução Assistida, regulando a aplicação e

utilização das técnicas de reprodução humana assistida, assim como seus efeitos nas relações no âmbito civil.

Art. 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Art. 2º - Reprodução Humana Assistida é aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez.

(...)

Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvo o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

Outro Projeto de Lei foi apensado aos outros já mencionados, de autoria do Deputado José Carlos Araújo, o Projeto de Lei de nº 4686 de 2004 propõe a incorporação ao artigo 1.597 do CC, o artigo 1.597-A, garantindo o direito ao reconhecimento da origem genética do indivíduo concebido pela reprodução assistida.

Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir da reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona..

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta lei acrescenta artigo 1597-A ao Capítulo II, do Subtítulo II, do Livro IV, do Código Civil, de forma a assegurar o direito ao conhecimento da origem genética do ser humano gerado por técnicas de reprodução assistida (RA) e define o direito sucessório e o vínculo parental, nas condições que menciona.

Art. 2º. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1597-A:

“Art. 1597- A. As instituições de saúde, detentoras de licença de funcionamento concedidas na forma da lei, que realizarem Reprodução Assistida, e os profissionais responsáveis pela execução dos procedimentos médicos e laboratoriais pertinentes, estarão obrigadas a manter em arquivo sigiloso, e zelar pela sua manutenção, todas as informações relativas ao processo, às identidades do doador e da pessoa nascida por processo de inseminação artificial heteróloga, de que trata o inciso V, do artigo anterior.

§ 1º. À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é assegurado o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissionais e de justiça.

§ 2º A maternidade ou paternidade biológica resultante de processo de reprodução assistida heteróloga não gera direitos sucessórios.

§ 3º O conhecimento da verdade biológica impõe a aplicação dos artigos 1521, 1596, 1626, 1628 (segunda parte) deste Código.”

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Os projetos citados anteriormente possuem justificação com respeito à dignidade da pessoa humana, traçada como fundamento do Estado Democrático de Direito, e no direito personalíssimo do conhecimento da origem genética. Desta forma, deve ser garantido à pessoa concebida através da reprodução assistida, o direito de saber quem são seus genitores, sem que isso gere relação de filiação ou de direito sucessório.

Conforme o artigo 11 do Código Civil, “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, compreende-se que o direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética não pode ser dirimido face ao direito do sigilo dos doadores, pois a quebra deste não seria lesiva quanto ao não conhecimento do patrimônio genético do indivíduo concebido pela inseminação artificial heteróloga.

Percebe-se que diversas são as problemáticas derivadas das técnicas de reprodução humana assistida, carecendo de leis que regulamentem tais práticas, solucionando assim os conflitos aos que praticam esta reprodução e aos que virão sucessivamente.

Respaldando da proposição de que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma proteção do direito ao reconhecimento da origem genética, este direito deve ser garantido a todo e qualquer indivíduo que deseja saber sua ancestralidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana sobrepõe-se ao direito do anonimato, referindo-se ao reconhecimento da origem genética, apesar de realizar a doação de seu material genético visando ter seus dados mantidos em sigilo, o doador do sêmen não terá seu direito sustentado quando este confrontar o direito ao reconhecimento da origem genética. Porém, ao ser reconhecido, o direito à origem genética não trará vínculo nenhum entre o doador e o receptor, não sendo transferido qualquer tipo de obrigação ao doador do material genético.

Portanto, o direito fundamental ao anonimato do doador poderá ser relativizado se o concebido pela reprodução assistida heteróloga carecer da aquisição dos dados genéticos por questão de saúde, que só serão sanadas com o conhecimento maior de suas raízes biológicas. Entretanto, em nada será afetado em relação a identidade civil do doador, nem serão contraídas obrigações do direito sucessório e direito de filiação, com o objetivo de assegurar o direito à intimidade, garantido pela Constituição.

Ainda em conformidade com Greuel (2013), o que mais dificulta a pacificação desse conflito é que no Brasil não se encontra lei que expresse as indagações que se

encontram conflitantes. Porém, existem projetos de lei em tramitação com o objetivo de sanar tal colisão.

Atualmente, está nas mãos da magistratura brasileira interpretar os princípios e realizar o juízo de valor, que caberá ao julgador realizar caso a caso. Destarte, na reprodução humana medicamente assistida, procedida pela inseminação heteróloga, ocorrendo litigância entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade genética, competirá ao julgador a função de averiguar, baseado na ponderação de interesses, para que seja realizado um juízo de valor, constituindo qual dos direitos fundamentais deverá sobressair sobre o outro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reprodução humana assistida heteróloga traz consigo diversos conflitos no que concerne ao reconhecimento da origem genética ao se confrontar com o sigilo do doador do material genético.

No Brasil, até este momento, não existe lei que regulamente qual dos direitos deve prevalecer, porém, diversos são os posicionamentos doutrinários que compreendem a quebra do anonimato do doador, prevalecendo assim o direito ao reconhecimento da identidade genética, por ser um direito de personalidade e estar protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, não há que se falar em abstenção do direito de conhecer suas origens ao indivíduo gerado pela inseminação artificial heteróloga, uma vez que se trata de direito personalíssimo. Vale ressaltar que o rompimento do sigilo não será para conhecimento de paternidade ou maternidade, mas sim pelo conhecimento da origem biológica.

Apresentando a carência do conhecimento da origem genética por doença ou mera curiosidade, deverá ser buscada declaração judicial da origem biológica, e não investigação de paternidade. Não será imputado ao doador obrigações derivadas da paternidade ou maternidade e nem haverá direitos derivados do estado de filiação, como alimentação, sucessão de bens, entre outros.

Diante disso, é possível perceber que existe possibilidade de conhecer a identidade genética, sem gerar obrigações do estado de filiação, sendo violado o direito ao anonimato do doador quando esta afronta o direito à identidade genética. Porém, esta pesquisa não soluciona as discussões existentes, sendo necessária a promulgação de lei que regulamente e garanta o direito ao conhecimento da identidade genética a respeito da inseminação heteróloga.

Assim sendo, conclui-se que aparentemente o direito fundamental ao anonimato do doador pode ser relativizado quando o indivíduo concebido pela inseminação heteróloga carecer de informações acerca de sua origem genética. No entanto, essa relativização não poderá garantir qualquer direito junto a esse, muito menos direitos sucessórios, por estar assegurado seu direito à intimidade pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, havendo a colisão de direitos fundamentais, o direito à identidade genética sobrepõe-se ao direito ao anonimato do doador através da relativização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRAHE, Tycho. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma legal, 2000.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 807.849. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial-resp-807849-tj-2006-0003284-7/inteiro-teor-19135905>> Acesso em: 19.03.2017.

BRASIL. **Código Civil**, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Projeto de Lei 115 de 2015**. Juscelino Resende Filho. 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>> Acesso em: 22.03.2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 4686 de 2004**. José Carlos Araújo. 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>> . Acesso em: 14.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 222445. Paraná. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7804559/recurso-especial-resp-222445-pr-1999-0061055-5-stj>> . Acesso em: 15.03.2017.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. Rev. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução humana assistida: Direito à identidade genética x Direito ao anonimato do doador**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20021209105317401_biodireito_reproducao-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-x-direito-ao-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html. Acesso em 08/03/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá: 2011.

FREDIANI, Yone. **Patrimônio Genético**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GASPAROTTO, Beatriz Rodrigues. RIBEIRO, Viviane Rocha. **Filiação e Biodireito: Uma Análise da Reprodução Humana Assistida Heteróloga sob a ótica do Código Civil**. In:

CONPEDI. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília - DF, 2008.

GOMES, Daniela Vasconcelos. **O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos bioéticos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREUEL, Priscila Caroline. **Doação de material genético: confronto entre o direito ao sigilo do doador, direito à identidade genética**. Blumenal: Revista Jurídica, 2009.

JOPPER, Aima. **Histórico da reprodução humana assistida**. 2013. Disponível em: <<http://reproducaoassistida.blogspot.com.br/2013/10/historico-da-reproducao-humana-assistida.html>>. Acesso em: 06/06/2017.

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

LOBÔ, Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. 23 março 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em: 08/03/2017.

MARQUES, Erickson. **Identificação dos doadores de sêmen**. São Paulo: Cremesp, 2004.

MAZZA, Malu. **Primeiro bebê de proveta do Brasil**. Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>>. Acesso em: 10/07/2017.

MORALES, Priscila de Castro. **O direito à 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>. Acesso em: 14/02/2017.

MOURA, Marisa Decat de. **Reprodução assistida. Um pouco da história**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rsbph/v12n2/v12n2a04.pdf>>. Acesso em: 10/07/2017.

NAMBA, Edilson Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Flavia Paiva Medeiros de. **Genoma humano, direito à intimidade e novo código civil: problemas e soluções**. Direito & justiça: Revista da faculdade de direito da PUC-RS. Porto Alegre, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. Ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Valeria Aparecida da Silva. **O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da reprodução assistida heteróloga**. Brasília: 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54843&seo=1>>. Acesso em: 08/02/2017.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

PUSSE, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTANIA, Alejandra Ana. **Dossiê reprodução humana assistida.** Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 11/07/2017.

TINANT, Luis Eduardo. **Técnicas de procriação assistida por doadores de gametas.** Argentina: Universidade de Buenos Aires, 2012.