



INTER
FACES
CIENTÍFICAS

HUMANAS E SOCIAIS

ISSN IMPRESSO 2316-3348

E-ISSN 2316-3801

DOI - 10.17564/2316-3801.2018v7n2p119-130

O DIREITO À IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM GENÉTICA DO DOADOR NA FERTILIZAÇÃO HETERÓLOGA E SUA FUNDAMENTALIDADE CONSTITUCIONAL

THE RIGHT TO IDENTIFY THE GENETIC ORIGIN OF THE DONOR IN HETEROLOGICAL FERTILIZATION AND ITS CONSTITUTIONAL FUNDAMENTALITY

EL DERECHO A IDENTIFICAR EL ORIGEN GENÉTICO DEL DONANTE EN LA FERTILIZACIÓN HETERÓLOGA Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias¹

Marcos Feitosa Lima²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo precípua conhecer as técnicas de reprodução humana assistida, notadamente a heteróloga, com destaque no que toca ao anonimato ou não do doador do material genético nesse tipo de modalidade. Faremos uma breve análise sobre a constitucionalização do direito privado, bem como buscaremos extrair as lições mais relevantes acerca dos princípios constitucionais aplicáveis ao instituto, notadamente o da dignidade da pessoa humana, que se revela um inquestionável direito fundamental frente ao direito da personalidade, objetivando, por conseguinte, harmonizar os direitos em

questão, posto que o direito de conhecer a identidade biológica não se revela incompatível com a filiação afetiva, máxime que tanto a busca pela ascendência genética, quanto o sigilo dos doadores de gametas, encontram-se resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Reprodução Assistida. Sigilo do Doador. Identidade Genética.

ABSTRACT

The main objective of this work is to know the techniques of assisted human reproduction, especially the heterologous one, with emphasis on the anonymity or not of the donor of the genetic material in this type of modality. We will make a brief analysis on the constitutionalisation of private law, as well as seek to extract the most relevant lessons about the constitutional principles applicable to the institute, especially the dignity of the human person, which reveals an unquestionable fundamental right to the right of personality. Therefore, to harmonize the ri-

ghts in question, since the right to know the biological identity is not incompatible with the affective affiliation, especially as both the search for genetic ancestry and the secrecy of the gamete donors are protected by the rules Brazilian law.

KEYWORDS

Assisted reproduction. Secrecy of the donor. Genetic identity.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo primordial conocer las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la heteróloga, con destaque en lo que toca al anonimato o no del donante del material genético en ese tipo de modalidad. Puesto que el derecho de conocer la identidad biológica no resulta incompatible con la filiación afectiva, máxime que tanto la búsqueda por la ascendencia genética, como

el secreto de los donantes de gametos, se encuentran resguardados por el ordenamiento jurídico brasileño.

PALABRAS CLAVE

Reproducción asistida; Secreto del donante; Identidad genética;

1 INTRODUÇÃO

A família, sendo o núcleo base de toda e qualquer sociedade é, também, por conseguinte, o espaço onde as mudanças sociais repercutem a passos galopantes, fazendo com que a referida instituição se molde e se adeque às novas concepções às quais estão inseridos os indivíduos.

A (re)construção das novas formações de entidades familiares, onde, recorrentemente, os núcleos se formam com a junção de filhos oriundos de relacionamentos anteriores que se agregam aos frutos da relação atual, bem como a presença cada vez mais crescente das filiações socioafetivas, desperta a necessidade de compreender com maior afinco tais fatos sociais e suas repercussões no âmbito jurídico. Assim, a presente pesquisa terá como problemática a ser investigada a fertilização heteróloga, especificamente no que toca ao direito fundamental da pessoa que foi gerada por essa técnica de conhecer a origem genética do doador, mesmo que em confronto com o direito ao sigilo dos doadores de gametas masculino e/ou feminino.

O presente trabalho tende a demonstrar que, nada obstante ainda não pacificado, prevalece o entendimento em defesa do direito fundamental da personalidade humana da pessoa que foi gerada por reprodução medicamente assistida, na modalidade heteróloga de conhecer a origem genética do doador. Destarte, em razão de não existir ainda lei que regule e garanta expressamente o direito ao conhecimento da ascendência genética; e em havendo litigância nesse sentido, caberá ao Estado Juiz a ponderação e decisão de qual direito deverá prevalecer, já que ambos, tanto a busca pela ascendência genética, quanto o sigilo dos doadores de gametas, encontram-se, igualmente, resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro constitucional.

A proposta de pesquisa, além de seu relevante valor social, justifica-se em razão de que o conhecimento da origem genética possui natureza de direito da personalidade e não de direito à filiação, máxime

que a vida, além de ser um direito fundamental, é um bem supremo e que este direito está acima de qualquer outro e está positivado no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, onde dispõe que “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.”

Para tanto, no primeiro capítulo serão tecidas considerações sobre as atuais formas de concepção humana assistida e as normas aplicáveis, notadamente a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.168/2017. Posteriormente, far-se-á uma abordagem da fundamentalidade e da função social da reprodução assistida e, por fim, far-se-á uma reflexão sobre a problemática no que toca ao sigilo do doador do material genético e ao direito ao conhecimento da origem genética.

O presente trabalho se deu por meio da técnica de pesquisa bibliográfica com método de abordagem dedutivo, tendo como referência a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro, artigos publicados na internet e a Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS ATUAIS FORMAS DE CONCEPÇÃO HUMANA

Inicialmente, mister se faz compreender o instituto científico da reprodução assistida e suas diversas modalidades. Com efeito, entende-se por reprodução assistida a tecnologia que compreende a implantação artificial de espermatozóides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, com o objetivo de permitir a reprodução humana, com o intento de permitir a fertilidade do casal, geralmente em razão das dificuldades encontradas no âmbito da geração espontânea da prole.

A reprodução humana envolve a presença de células sexuais, também denominadas de células germinativas, sendo que as masculinas são os espermatozóides e as femininas são os óvulos. Cada uma destas

células contém uma sequência de 23 cromossomos que ao se unirem formarão a sequência completa de 46 cromossomos da cadeia de ácido desoxirribonucleico (DNA). O DNA estabelecerá, de logo, as características do novo ser formado que, apesar de herdar algumas semelhanças transmitidas por seus genitores, guardará uma relação de independência e individualidade (MACHADO, 2012, p.17-18).

Dentre as técnicas de reprodução assistida, há duas modalidades que se destacam: aquela em que se introduz no aparelho reprodutor da mulher o espermatozoide, genericamente denominada inseminação artificial; e a fertilização *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozoide são juntados em um tubo de proveta (daí surgida a expressão “bebê de proveta”) e posteriormente se introduzem alguns embriões no aparelho reprodutor da futura mãe.

Atualmente, todavia, merece destaque o fato de que o Código Civil foi pensado na década de 1960 e analisado na década de 1990, de modo que hoje não se utiliza mais esta expressão e sim a denominação técnica de reprodução humana assistida, pois o termo inseminação artificial ou fecundação artificial deve ser utilizado para a reprodução de animais. Nesse sentido, o enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal: “Art. 1.597: as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’.”

Verifica-se ainda, dentre as técnicas de reprodução assistida, a possibilidade de utilização de material genético (sêmen e óvulo) pertencente ao próprio casal (a chamada fertilização homóloga), bem como a utilização de material heterólogo, ou seja, pertencente a pessoa distinta do casal. Esta última espécie vem assegurar o direito de planejamento familiar do homem infértil, gerando uma das modalidades de paternidade socioafetiva previstas no Código Civil de 2002. Atualmente, tornou-se comum a doação de óvulos que vem integrar a reprodução heteróloga feminina. (LOUREIRO, 2009, p.100-104).

2.1 DISCIPLINA NORMATIVA

Nada obstante a ausência de legislação específica acerca do tema, o certo é que as técnicas de RA são garantidas na legislação pátria. À guisa de exemplo, a Lei de Planejamento Familiar, Lei nº 9.263/93, em seu art. 9º consolida as referidas técnicas que deverão, inclusive, ser custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesta senda, também foi editada a Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009, que determinou o acesso às técnicas de RA aos usuários de assistência de saúde privada, concretizando assim, a liberdade de planejamento familiar.

Por certo que a Carta Cidadã de 1988 promoveu uma reformulação do direito privado, ocasionando o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil que sofreu mudanças significativas em seu conteúdo, despatrimonializando a família. O CC-02, por seu turno, não trouxe disciplina específica, continuando em plena vigência a Lei 9.263/93, destarte, consagrou, em disposição de caráter geral, a liberdade de planejamento familiar do casal no §2º do art. 1.565.

Neste toar, ao cuidar da presunção de filiação, o CC-02 em seu artigo 1.597 alinhou-se ao avanço da biotecnologia, consagrando a utilização das técnicas de reprodução humana assistida como meio de exercício do planejamento familiar, reconhecendo, inclusive, a concepção *post mortem* e a filiação heteróloga, rompendo assim, o paradigma clássico de filiação biológica:

De outra via, não se pode perder de vista que inobstante a CF-88 em seu art. 226, §7º ter assegurado a liberdade de planejamento familiar com a possibilidade de exercício amplo pelo casal, estabeleceu, por seu turno, limites frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Atualmente, a disciplina das técnicas de reprodução humana assistida é feita apenas pela Resolução do CFM nº 2.168/2017 que revogou expressamente a Resolução CFM nº 2.121/15, cabendo frisar que se trata de norma sem caráter de generalidade e imperatividade, pois sua natureza é de mera recomendação para a classe médica.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Atualmente, tornou-se comum a doação de óvulos que vem integrar a reprodução heteróloga feminina. Cabe de saída ressaltar que o presente estudo enfrenta tema de direito de família, instituto prioritariamente do direito privado que integra o Código Civil de 2002. Destarte, hodiernamente, ao falar-se em direito de família, observa-se que a Constituição deixou de ser simplesmente textos normativos que regulavam e protegiam os cidadãos nas relações entre estes e o Estado e passou, por conseguinte, a incidir e proteger as relações entre os privados também, na medida em que se tem a chamada constitucionalização do direito privado. No âmbito do direito privado, a constitucionalização deve ser entendida como a elevação de institutos tipicamente de direito privado ao *status* constitucional, tendo como exemplo desse fenômeno jurídico, a família.

No universo acadêmico a escola civil constitucional iniciou a partir de Maria Celina Bodin de Moraes e depois por diversos autores como, à guisa de exemplo, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Assim, visualiza-se a propagação dos direitos fundamentais, antes previstos tão-somente nas Cartas Constitucionais, incidindo nas relações privadas. Em outras palavras, o legislador utilizou-se das chamadas cláusulas gerais.

De outra senda, a teoria dos direitos fundamentais no Brasil teve destaque após a Carta Cidadã de 1988 e, principalmente nos anos 2000, considerada a era dos direitos fundamentais e da judicialização; sendo certo ainda que esses direitos, especialmente o da personalidade, têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal), são cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal) e possuem hierarquia constitucional. Sobre a característica da aplicabilidade imediata, Ingo Sarlet (2007,p.66) a entende como sendo a mais importante, e assim discorre:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido o art. 5º, 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Que qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente.

O CC-02, partindo então dessa premissa, com base na ordem Constitucional vigente, preza pela harmonia familiar e a infertilidade tem um peso histórico no papel de fonte de conflito no seio familiar. O sonho alimentado pelos casais e companheiros de constituir prole biológica, uma vez naufragado, tem gerado a derrocada de casamentos e uniões estáveis, por muitas das vezes faltar equilíbrio emocional para enfrentar a sensação de fracasso. Esta frustração também se estende às pessoas solteiras que têm a intenção de constituir uma família monoparental e às famílias homoafetivas sem prole (CRUZ, 2008, p. 45-47).

Por certo que a mudança de paradigma na formação da entidade matrimonial teve reflexos sociais e familiares, principalmente, em relação à pessoa dos filhos que deixaram de ser tratados de forma indifferente, como meros formadores de mão de obra para o acúmulo de riqueza, passando a ostentar o *status* de fruto do amor, passando a ser valorados como sujeitos de direitos e dignos de atenção e afeto. Corroborando com tal assertiva o fato de que atualmente, de regra, é vedado o trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, dando-se primazia à educação que preparará a criança para a concretização de sua posição individual. Esta nova perspectiva se constituiu na raiz do dever imposto ao Estado e à sociedade pelo art. 227 da CF-88 de dispensar um tratamento prioritário à criança com base no afeto e concretização de seu melhor interesse.

Sem embargo, a proteção Constitucional deferida à família estende-se à tutela da liberdade de seus membros nessa nova perspectiva não mais se justificam os casamentos focados nos interesses patrimoniais das famílias de onde provêm os nubentes, posto que estes

devem ter a liberdade de amar e escolher qual a espécie de entidade familiar que querem integrar, fazendo-se uma conexão com o princípio da solidariedade familiar, um dos pilares do Direito de Família, descrito no art. 3º, I da CF-88, cuja Carta estabeleceu o primado dos Direitos Humanos como princípio orientador das relações internacionais e vetor de recondução da democracia no país.

Demais disso, não se pode perder de vista que a ideia de ter filhos não se liga puramente ao modelo de felicidade, mas também, à própria realização pessoal da pessoa. Por conseguinte, a infertilidade apresenta reações psicológicas em cadeia, podendo levar a pessoa à depressão e ao isolamento social, pois lhe é retirada a possibilidade de continuidade da geração, realização da felicidade e concretização de seus desejos, suprimindo-se a normalidade da convivência social da pessoa infértil. (CRUZ, 2008, p. 45-46).

Nesse sentido, não há como negar a função social da reprodução humana assistida porque o sucesso das relações familiares está pautado na capacidade do ser humano de dar e receber amor, alguém que envereda pelas dificuldades da RA tem verdadeiro potencial de dar amor, assim, tem o potencial de concretizar a busca pela felicidade, destacando-se ainda, que nada obstante a importante função social das técnicas de reprodução humana assistida não se pode olvidar que sua exploração não pode se desgarrar dos preceitos morais e éticos, visto que a manipulação de gametas masculinos e femininos fora do corpo humano tem o condão de formar a vida humana.

4 A PROBLEMÁTICA ETICO-JURÍDICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA NO QUE TOCA AO SIGILO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO E AO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

4.1 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

O direito ao anonimato do doador do material genético revela-se como a pedra fundamental dos tra-

tamentos de reprodução humana assistida, alicerçado na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/15 que estabelece, dentre outros princípios, que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, mantendo-se, portanto, obrigatoriamente, o sigilo sobre os envolvidos. A resolução, dessarte, permite que, em situações especiais, por motivação médica, informações sobre o doador sejam repassadas a médicos, preservando a sua identidade.

Demais disso, a vedação da identificação do proprietário do material genético está positivada na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe “[...] 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”. Observa-se ainda que o artigo 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”.

Não bastassem os dispositivos acima citados, diversos são os argumentos favoráveis ao anonimato do doador, notadamente no que se refere à possibilidade de vínculo jurídico paterno-filial. Eduardo de Oliveira Leite justifica o anonimato do doador com o argumento de que a doação de gametas não pode gerar ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda, e ainda ressalta que se a identidade do doador for revelada, este pode pedir uma reparação civil aos responsáveis pelos danos a ele acarretados. O autor ainda defende o direito ao anonimato do doador afirmando que “o anonimato respeita o princípio dominante no direito de família, ou seja, não dissocia as estruturas naturais de parentesco, isto é, não permite que a criança tenha um pai biológico e um pai socioafetivo” (PETRACO; ARENT, 2004, p. 145).

Assim, resta claro para o mencionado autor que na reprodução assistida heteróloga não há conflito em determinar qual dos pais irá assumir as responsabilidades decorrentes da paternidade, unicamente por uma simples razão: não há dois pais. Há apenas um pai e, de outro lado, um doador. Frise-se, ainda, que nada obstante não seja possível determinar o

que motiva um homem a doar, máxime que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, o certo é que aquele que doa, muito provavelmente, não o faz com vistas em assumir a paternidade de um filho, cuja mãe lhe é desconhecida.

A seu turno, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, considera que o anonimato das pessoas envolvidas no processo de reprodução assistida deve ser mantido, mas quanto à pessoa que nasceu por meio da técnica heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito Brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, a ela deve ser possibilitado o acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Sim, há autores que defendem o anonimato de acordo com os princípios da intimidade e da privacidade; e para justificarem suas defesas apresentam argumentos, tais como as consequências de ordem jurídica como ações judiciais de pedido de pensão ou heranças, e que defender o direito de saber quem é o pai biológico seria um endeusamento da biologia, na valorização do laço biológico, que tem cada vez menos importância. Valiosa também a opinião de Nilson Donadio: “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[...]”. Por sua vez, Gustavo Tepedino (2000, p.803), aduz que “o anonimato é a única forma de se garantir que a doação de esperma seja um ato verdadeiramente desinteressado”.

Dessarte, outros autores, como Selma Rodrigues Petterle, alegam que “o direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade humana, não podendo, pois, ser obstaculizado”. Os posicionamentos desfavoráveis ao anonimato pairam no sentido de que não há a pretensão de constituir vínculo de filiação entre a criança e o doador, uma vez que é reconhecida a importância da paternidade socioafetiva; nem, tampouco, adquirir vantagens de ordem pecuniária.

É somente um direito de buscar a identidade genética; e que inobstante a já citada Resolução do

CFM prevê que não se pode utilizar o sêmen do mesmo doador mais de duas vezes numa determinada área, não há como negar que, com a manutenção do sigilo, evidencia-se a possibilidade de ocasionar, no futuro, uniões incestuosas, tendo em vista que a pessoa gerada por reprodução assistida poderá, desconhecendo os laços sanguíneos, unir-se sexualmente a seu pai ou irmãos, o que poderá gerar filhos com mazelas biológicas.

4.2 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Sem embargo, a pessoa gerada por fertilização artificial heteróloga, tem o direito fundamental ao patrimônio genético como toda e qualquer pessoa. Segundo Lôbo, o direito ao conhecimento da origem genética não implica em presunção de filiação e, portanto, não traria nenhum prejuízo ao doador.

O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos. (LÔBO, 2008, p. 203).

Assim, o direito ao conhecimento da origem genética tem natureza de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano, posto que toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de postular sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa, querendo, adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida.

De mais a mais, mesmo o direito à identidade genética não se encontrando expressamente consagrado no texto constitucional, é sim um direito fundamental; e isso se justifica na medida em que o rol de direitos fundamentais na Constituição Federal não se revela taxativo; e que inobstante a Constituição Federal não ter uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade, o certo é que reconhece e tutela o

direito geral de personalidade por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

É certo que quanto à legislação brasileira, ainda não existe lei regulamentando o direito da pessoa gerada por inseminação heteróloga de buscar a identidade genética, máxime que tal técnica é recente em nosso país e ainda é muito pouco utilizada em virtude de seu alto custo. Entretanto, é necessário que o direito ao conhecimento da origem genética da pessoa gerada por fertilização heteróloga seja protegido por lei, com fundamento no direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

De outra via, cabe mencionar que no que tange ao direito da personalidade de conhecer a ancestralidade biológica, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2010, garantiu de forma inaudita a necessidade de conhecer a ancestralidade genética, como parte integrante da dignidade da pessoa humana. Inobstante não se tratar de ação de declaração da origem genética referente ao indivíduo gerado por fertilização heteróloga, o Recurso Especial, abaixo transcrito, foi provido, sob a fundamentação de que o conhecimento da origem genética deve ser garantido, por se tratar de direito da personalidade e possuir tutela integral e especial, nos moldes dos artigos 5º e 226 da constituição federal.

O Recurso Especial nº 807849 foi provido com a seguinte justificativa:

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Buscada ancestralidade. Direito pessoalíssimo 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 pessoalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aque-

le, 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 arts. 5º e 226, da CF/88. - []Recurso especial provido. (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

Outra decisão, não menos importante, que por analogia pode ser utilizada para dar sustentáculo ao direito da pessoa gerada por inseminação heteróloga, em ter acesso a sua identidade genética, foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão que autorizou a realização de exame de DNA, apenas para buscar a origem genética, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO PERSONALÍSSIMO DE BUSCAR A ORIGEM GENÉTICA. É certo que o reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, mas essa característica, por óbvio, atinge apenas quem efetuou o reconhecimento (o pai registral), jamais a filha que não participou daquele ato. Não se pode agora pretender levantar contra ela esse argumento para impedir a busca de um direito de personalidade que lhe é inalienável, qual seja a busca da verdade acerca de sua origem genética. NEGARAM PROVIMENTO. (70044262517 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 01/12/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2011)

Dessa forma, percebe-se que a adoção, assim como a fertilização heteróloga, fazem parte da filiação não biológica, posto que este tipo de filiação segue o critério da socioafetividade. Portanto, nestas modalidades de filiação, pode ser garantido o direito de conhecer a origem genética que não deságua na pretensão da desconstituição da filiação socioafetiva, mas apenas na busca de conhecer a ascendência biológica, sob a primazia do direito da personalidade de todo e qualquer ser humano, mormente que, em alguns casos, o ser humano é tentado a conhecer sua ascendência biológica, seja por questões de saúde, para fazer cessar ou minimizar doenças hereditárias ou por mera curiosidade humana.

Por certo que conhecer a origem genética não significa estremecer a relação paterno-filial constituída pelo vínculo civil derivado da reprodução assistida, mas tão somente dar concretude ao direito à identidade genética. Não se pode negar, todavia, que, como acentua Paulo Luiz Netto Lôbo, os Tribunais vêm confundindo o que seja estado de filiação com origem genética. A distinção, contudo, é necessária para que, no confronto de interesses protegidos pelo Direito, seja possível escolher aquele que deve preponderar.

4.3 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA REVELAÇÃO DA IDENTIDADE GENÉTICA FRENTE AO SIGILO DA IDENTIDADE CIVIL DOS DOADORES DE GAMETAS.

Com efeito, é inegável a fragilidade do tema, tendo em vista que há uma colisão de direitos fundamentais, não havendo como estabelecer uma regra para determinar a prevalência de um sobre o outro, pois ambos são de fundamental importância. Mas uma coisa é certa: assegurando um, estar-se-ia, em termos, violando outro.

Assim, havendo colisão entre direitos fundamentais, um deverá ceder lugar para que o outro possa ser satisfeito, sendo certo, ainda, que é necessário fazer uma interpretação dos princípios em conflito e posteriormente estabelecer uma hierarquia axiológica, considerando, por conseguinte, o possível impacto de sua aplicação no caso concreto, onde a norma de maior valor axiológico prevalece e a de menor valor sucumbe, tão somente no sentido de ser deixada de lado para que se possa solucionar o conflito no caso concreto.

Por sua vez, no que concerne ao direito de buscar a ascendência genética da pessoa gerada por reprodução humana realizada por fertilização heteróloga, Greuel (2009, on-line) resume que

Enquanto alguns estudiosos defendem a prevalência do anonimato do doador do material genético, outros posicionam pelo direito à identidade genética. Esse confronto de entendimentos reforça a necessidade de uma regulamentação específica.

E como não há regulamentação nesse sentido, atualmente, coloca-se a ponderação de tais direitos

nas mãos da magistratura brasileira, ou seja, o juízo de valor que se dará aos princípios fundamentais em conflito caberá ao julgador realizar caso a caso. Por conseguinte, na reprodução humana medicamente assistida, realizada por inseminação heteróloga, havendo litigância entre direito à identidade genética e direito ao sigilo dos doadores, caberá ao julgador o dever de analisar com base na ponderação de interesses e na hierarquia axiológica, fazendo assim um juízo de valor de qual direito fundamental deverá ser garantido e satisfeito, se o do sigilo do doador ou o direito ao conhecimento da origem genética, que é essencial, indisponível, intransmissível e irrenunciável, em virtude de se tratar de direito da personalidade humana de todo ser humano, para que este conquiste uma vida digna, como se preceitua na nossa magna constituição.

Cabe registrar que atualmente predomina o entendimento de que em razão do direito à vida, positivado no artigo 5º e direito à saúde, disposto no artigo 196, ambos da Constituição Federal, o sigilo da identidade dos doadores de gametas poderá ser quebrado, se, na hipótese, o não conhecimento do patrimônio genético, colocar em risco a vida humana, pois entende-se que por ser a vida o maior bem protegido pelo Direito Brasileiro, prevalece então em face dos outros direitos nos casos de conflito. (MALUF, 2010, p. 86).

Assim, e tão somente nesse sentido, é que, hodiernamente, é garantido o direito ao conhecimento da origem biológica do ser concebido por fertilização heteróloga; dessarte, urge a necessidade da promulgação de lei que conceda esse direito a pessoa que por necessidade, física, psíquica, moral, entre outras, queira saber sobre suas origens, pois esse direito faz parte da sua personalidade.

Percebe-se que, perfilando os parâmetros dos mencionados artigos, não pode ser suprimido o direito personalíssimo ao conhecimento da origem genética, em razão do sigilo dos doadores, já que a quebra deste, não seria tão prejudicial, quanto o não conhecimento do patrimônio genético da pessoa gerada pela técnica artificial de fertilização heteróloga.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho destacou a função social da reprodução humana assistida, ressaltando que o anseio/sonho de gerar seus próprios filhos, aliado ao planejamento familiar adequado às necessidades do casal, é fator elementar que justifica o pretense direito fundamental à Reprodução Assistida, bem como tentou demonstrar que a reprodução assistida pode, sim, ser considerada parte integrante do direito fundamental à saúde, devendo seu pleito, para tanto, estar atrelado a um problema de saúde de cunho reprodutivo.

De outra via, diante das pesquisas realizadas sobre a reprodução medicamente assistida, notadamente a fertilização heteróloga, pode-se afirmar que existe uma razoável controvérsia com respeito ao direito do filho conhecer a origem genética do doador nessa modalidade de reprodução; sendo certo ainda que haja argumentos sólidos que sustentam o caso de direito ao anonimato do doador e outros, envolvendo questões de direito fundamental do indivíduo, que sustentam o direito do filho de reprodução assistida de conhecer a identidade do seu genitor biológico.

Dessarte, parece haver um consenso de que em casos de risco à integridade física, seja pela necessidade de compatibilidade genética para fins de transplante ou para um melhor conhecimento de histórico familiar de um indivíduo, o direito de anonimato do doador deve ser quebrado, posto ser suplantado por um bem maior.

Observou-se também, que o doador tem a intenção de procriar, posto que quando doa seu gameta, tem ciência que este será utilizado para a reprodução humana, mas o doador não quer é que lhe seja imputado uma paternidade/maternidade, da qual deriva obrigações e despesas patrimoniais, motivo pelo qual é assegurado, pela própria constituição, o direito ao anonimato. Entrementes, o que se pretende com a investigação da origem genética é o conhecimento de suas raízes, suas origens, e por que não dizer o conhecimento do seu próprio “eu”, sendo que tal conhecimento se revela um direito inerente à personalidade humana, intrínseco à dignidade da pessoa.

Assim, entendemos que o indivíduo gerado por fertilização heteróloga não pode ser privado do direito de conhecer sua origem genética, uma vez que o não conhecimento é mais maléfico que a violação do sigilo do doador. Isso não implica dizer que a violação se dará sem que haja qualquer restrição, máxime que não se imputará ao genitor doador os encargos que derivam da paternidade/maternidade e nem tampouco serão concedidos direitos que derivam do estado de filiação ao indivíduo concebido artificialmente pelo(s) gameta(s) do(s) doador(es), como alimentação, sucessão dos bens, entre outros.

Cabe salientar que este estudo não exauriu as discussões existentes nessa seara, máxime que não há no Brasil lei que regule a realização da reprodução assistida, ficando a matéria restrita à Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina. Assim, diante da inércia do poder legislativo em criar uma lei que regule a reprodução assistida e de onde emanariam os recursos para tal implementação, remanesce aos magistrados a incumbência de interpretar se a reprodução humana assistida é ou não um direito fundamental. Assim, os reflexos jurídicos da RA, máxime nas relações de filiação e direitos da personalidade da pessoa humana, conclamam pela necessidade de edição de uma legislação específica que atenda às peculiaridades acerca do tema, devendo aos magistrados uma interpretação do direito civil a partir da ótica constitucional.

De certo que a omissão do poder legislativo sobre o tema à epígrafe deve ser suprida por meio da edição de legislação especial, devido à sua grande complexidade, necessitando de um amplo debate com a participação da comunidade científica e sociedade civil.

Por todo o exposto, verifica-se que não se pode fechar os olhos para a nova realidade que se destaca, cabendo salientar que a biomedicina, os avanços tecnológicos e científicos devem andar lado a lado com o direito, devendo, ainda, a ciência jurídica resguardar os direitos e garantias da pessoa, sem qualquer tipo de discriminação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 807849 RJ 2006/0003284-7**. 2ª seção. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília-DF, 24 de março de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial-resp-807849-rj-2006-0003284-7/inteiro-teor-19135905?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jan. 2017

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Procriação assistida: em busca de um paradigma**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1852/procriacao-assistida-em-busca-de-um-paradigma>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução CFM N.º 2168/2017**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2017/2017.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CREMESP. **Doadores de sêmen devem ser identificados?** Identificação dos doadores de sêmen: direitos em conflito. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=133>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil**. Jurisprudência Brasileira - Cível e Comércio. Curitiba, 1996.

GREUEL, Priscila Caroline. Doação de material genético: Confronto entre o Direito ao sigilo do doador, Direito à identidade genética e eventual direito de filiação. **Revista Jurídica FURB**. v.13. n.26, 2009. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1888/1253>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

HIETALA, M. *et al.* Attitudes toward genetic testing among the general population and relatives of patients with a severe genetic disease: a survey from Finland. **American Journal of Human Genetics**, 1995.

KRELL, Olga Gilbert. **Reprodução assistida e filiação civil**: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. In: EHRHARTD JÚNIOR, Marcos *et al* (Coord.). Leituras Complementares do Direito Civil – Direitos das famílias. Bahia: Jus Podivm, 2010. p.51-71.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Netto. **Direito civil: Famílias**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

PETRACO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana Cristine. Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). **Bioética e reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **Contornos do direito fundamental à identidade genética da pessoa humana na Constituição brasileira**. Porto Alegre: PUC/RS, 2003.

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

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70044262517 RS**. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Rio Grande do Sul/RS, 1º de dezembro de 2011. JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20935701/agravo-de-instrumento-ai-70044262517-rs-tjrs>>. Acesso em: 7 dez 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIOCCHET, T.; CARLOS, P.P. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, v.11, n.2, 2006.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

1 Avaliadora do MEC-INEP de Instituições de Ensino Superior no Brasil; Professora Efetiva Adjunto de Direito Civil da Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe; Professora de Direito Civil da Graduação e Pós-Graduação da Fanese e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica; Membro do Núcleo Docente Estruturante e do Colegiado do Curso de Direito – FANESE; Presidente do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Bacharelado em Direito – UFS; Diretora e Editora Chefe da Revista Eletrônica do Instituto Sergipano de Direito do Estado - ISSN - 2176-9818. E-mail: claragdias@gmail.com

2 Defensor Público; Especialista em Direito Público 'lato sensu' pela Universidade Tiradentes; Mestre pela Universidade Federal de Sergipe; Professor de Graduação e Pós-Graduação no Curso de Direito das disciplinas Família e Sucessões; Coordenador Científico de Direito Civil da Escola Superior da Advocacia – ESA do Estado de Sergipe; Membro do Núcleo de Primeiro Atendimento da Defensoria Pública do Estado de Sergipe. E-mail: feitosalima2005@yahoo.com.br

Recebido em: 27 de novembro de 2017
Avaliado em: 25 de abril de 2018
Aceito em : 29 de julho de 2018
