

**UNIPAR – UNIVERSIDADE PARANAENSE DE UMUARAMA**

**JULIANE CARVALHO DE SOUZA FAVA**

**A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
E A TUTELA JURISDICIONAL DA IDENTIDADE GENÉTICA**

**UMUARAMA**

**2009**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**JULIANE CARVALHO DE SOUZA FAVA**

**A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
E A TUTELA JURISDICIONAL DA IDENTIDADE GENÉTICA**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação da Professora Doutora Tereza Rodrigues Vieira.**

**UMUARAMA**

**2009**

F272e Fava, Juliane Carvalho de Souza.

A reprodução humana assistida e a tutela jurisdicional da identidade genética / Juliane Carvalho de Souza Fava. – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR, 2009. 98 f.

Orientadora : Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Tereza Rodrigues Vieira.  
Dissertação (Mestrado)-Universidade Paranaense-UNIPAR.

1. Direito civil. 2. Direito processual civil. 3. Reprodução humana. 3. Bioética. 4. Filiação. I. Universidade Paranaense – UNIPAR. II. Título.

(21 ed) CDD: 342.163

Bibliotecária Responsável  
Inês Gemelli  
CRB 9/966

**A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
E A TUTELA JURISDICIONAL DA IDENTIDADE GENÉTICA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, pela seguinte banca examinadora:

---

Profa. Dra. Tereza Rodrigues Vieira

---

Profa. Dra. Miriam Fecchio Chueiri

---

Profa. Dra. Leda Maria Messias da Silva

Umuarama, 03 de dezembro de 2009.

*À minha linda família que sempre me incentivou,  
meu querido marido Leonardo e  
meus pequenos tesouros Pedro e Vítor,  
razão e alegria do meu existir.*

## RESUMO

Pretendeu-se uma reflexão em torno da reprodução humana assistida, sobretudo, sua importância para, no decorrer dos tempos, contornar o problema da infertilidade humana. No entanto, do mesmo modo em que a engenharia genética propiciou esperança a inúmeros casais inférteis, acabou gerando várias discussões e problemas originários das técnicas de procriação artificial, principalmente, quando se pensa na utilização de material genético doado, ou seja, na reprodução assistida heteróloga. Nesta esteira, surge a bioética, que serve como mecanismo de discussão e controle das atividades médicas resultantes da manipulação genética, já que ela prioriza e protege a vida humana. Analisou-se, também, de maneira distinta, a questão do anonimato na doação de material genético, bem como, o direito ao conhecimento das origens, para posteriormente, de posse de tais esclarecimentos, confrontá-los e verificar qual direito é prevalente em relação ao outro, isto porque ambos constituem-se em direitos da personalidade e, portanto, fundamentais. Por outro lado, juntamente com toda análise em torno dos aspectos polêmicos da reprodução assistida heteróloga, ainda mereceu destaque a verificação do estabelecimento do vínculo de filiação, tão necessária para resguardar o interesse de todos os envolvidos nas técnicas de procriação artificial em que se utiliza a doação, assim como o instituto da adoção, que guarda alguma semelhança com os casos que envolvem a reprodução assistida heteróloga. Por fim, verificou-se ainda, as ações em que se costuma dizer que seriam aptas para garantir o direito ao conhecimento das origens, porque elas não se prestam a tal finalidade, assim também, o mecanismo processual adequado e necessário para o exercício do direito de ação que assegure a indispensável tutela para o direito fundamental à identidade genética, com todos os seus pormenores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo, procriação, bioética, anonimato, filiação.

## ABSTRACT

The principal aim of this consideration upon assisted human reproduction is to focus on how important it has been throughout history in order to minimize the problem of human infertility. Nonetheless, while genetic engineering was able to give hope to numerous sterile couples, it also generated several discussions and problems related to artificial reproduction techniques, mainly with regard to the donated genetic material, that is, the heterologous assisted reproduction. Along these lines, bioethics arises, serving as the means for discussion and control of the medical activities resulting from genetic manipulation, since it prioritizes and protects human life. Special attention was also given to the issue of anonymity in the donation of genetic material, as well as the issue of the right of knowing about the source, so that, with this kind of information, later one may confront which right prevails upon each other, since both are personality rights and, therefore, fundamental rights. On the other hand, considering all the polemic aspects of the heterologous assisted reproduction, we also focused on the fact of establishing the parentage, necessary for one to protect the interest of all parties involved in the techniques of artificial reproduction in which donation is used, as well as the adoption process, in which there is some resemblance with the cases of heterologous assisted reproduction. Finally, we could analyze the actions which are said to be appropriate in order to guarantee the right to know the sources, since they do not lend themselves to such objective, and also the suitable and necessary procedural mechanism so as to such right that ensures the indispensable guardianship for the fundamental right in relation the genetic identity, with all its details.

**KEYWORDS:** Process, reproduction, bioethics, anonymity, parentage.



## SUMÁRIO

### RESUMO

### ABSTRACT

### INTRODUÇÃO.....09

### CAPÍTULO 1 - A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....11

#### 1.1 Algumas Considerações Preliminares.....11

#### 1.2 As Técnicas de Reprodução Humana Assistida.....12

#### 1.3 O Direito à Reprodução Humana Assistida.....13

##### 1.3.1 Direito à Saúde.....14

##### 1.3.2 Proteção Constitucional à Entidade Familiar e Direito ao Planejamento Familiar.....15

##### 1.3.3 Incentivo e Liberdade de Expressão à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico.....17

##### 1.3.4 Direito à Intimidade e Vida Privada.....18

#### 1.4 O Paradoxo da Reprodução Humana Assistida.....19

##### 1.4.1 A Religião.....19

##### 1.4.2 A Omissão Legislativa.....22

#### 1.5 A Bioética - uma busca de solução.....25

### CAPÍTULO 2 - O DIREITO AO ANONIMATO E O DIREITO DE CONHECER AS ORIGENS.....29

#### 2.1 A Resolução 1.358/92 do Conselho Regional de Medicina.....29

#### 2.2 O Doador.....29

#### 2.3 Os Direitos da Personalidade.....31

##### 2.3.1 O Direito ao Anonimato.....33

##### 2.3.2 O Direito à Identidade Genética ou Direito de Conhecer as Origens.....35

#### 2.4 Colisão de Direitos Fundamentais.....37

##### 2.4.1 O Anonimato X O Direito de Conhecer as Origens.....39

2.4.2 Conhecimento quanto aos Dados Genéticos ou à Real Identidade do Doador?.....	40
--	----

### **CAPÍTULO 3 – A FILIAÇÃO.....44**

3.1 Noções Históricas sobre Filiação.....	44
3.2 Filiação: jurídica, biológica e afetiva.....	47
3.3 O Estado de Filiação.....	50
3.4 Uma Analogia Necessária: A Adoção.....	51

### **CAPÍTULO 4 - AÇÃO PARA CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA EM VIRTUDE DO ANONIMATO EM DOAÇÕES DE MATERIAL GENÉTICO.....54**

4.1 Considerações Preliminares.....	54
4.2 Ação Cabível para Conhecimento da Ascendência Genética.....	56
4.2.1 Investigação de Paternidade e/ou Maternidade.....	56
4.2.2 <i>Habeas Data</i> .....	59
4.2.3 Síntese Conclusiva.....	61
4.3 Aspectos Processuais da Ação.....	62
4.3.1 Natureza Jurídica.....	62
4.3.2 Prazo Prescricional.....	63
4.3.3 Competência.....	64
4.3.4 Hipóteses de Admissibilidade.....	64
4.3.5 Legitimidade.....	65
4.3.5.1 Legitimidade Ativa.....	65
4.3.5.2 Legitimidade Passiva.....	67
4.4 Efeitos do Conhecimento da Ascendência Genética.....	68
4.4.1 Efeitos Pessoais.....	68
4.4.1.1 Não-constituição de Vínculos Paterno-materno-filiais com o doador.....	69
4.4.1.2 Impedimentos Matrimoniais.....	70
4.4.1.3 Possibilidade de Adoção pela Pessoa do Doador.....	72
4.4.2 Efeitos Patrimoniais.....	73

**CONCLUSÃO.....75**

**REFERÊNCIAS.....83**

**ANEXOS.....90**

## INTRODUÇÃO

O progresso científico tem permitido à humanidade, cada vez mais, a utilização de recursos aptos a melhorar a sua qualidade de vida e o seu estado de saúde. E foi sob esta concepção que surgiram as técnicas de reprodução humana assistida, as quais permitiram filhos àquelas pessoas a quem a natureza os negou.

Assim, não apenas as pessoas com dificuldades de procriação, mas também àquelas com absoluta impossibilidade de conceber um novo ser, puderam e ainda podem experimentar e usufruir a paternidade e/ou maternidade, com todos os seus efeitos daí decorrentes.

Diante disto, pode-se dizer que a ciência conseguiu manipular o que antes era fruto tão-somente da natureza, chegando ao ponto de reproduzir e viabilizar o surgimento da própria vida.

No entanto, se de um lado o avanço científico foi tão expressivo, já que de suma importância para a formação de inúmeras famílias, por outro lado, acabou sendo alvo de veementes críticas, seja de ordem médica, psicológica, ética, religiosa. Isto porque a ciência se subrogou da função do Criador e aceitar este fato é justamente o que muitos não conseguem fazer.

Nada obstante, ao lado dos métodos contraceptivos, a cada dia novas tecnologias destinadas à concepção são desenvolvidas e, de maneira crescente, um número cada vez maior de pessoas utiliza-se delas para alcançar o sonho de formação de uma família.

Desta forma, a utilização dos meios que auxiliam o processo de reprodução humana é uma realidade e não pode mais ficar à margem; há que se aceitar esta circunstância e, sobretudo, permitir o acesso a estes recursos científicos a todo aquele que padece do mal da infertilidade.

Destarte, todos têm direito a gozarem de plena saúde e de formarem a sua família. Esta é a mola propulsora da reprodução humana assistida.

Todavia, quando se pensa em procriação artificial há que se destacar que ela também gera muita inquietação, principalmente, quando se está diante da chamada reprodução assistida heteróloga, que é a que utiliza material genético de pessoa estranha a que se socorre de tal método procriativo.

Neste contexto, pretende-se examinar com clareza e profundidade a reprodução humana assistida, com suas técnicas, os aspectos jurídicos que permitem às pessoas a utilização de tais métodos e os óbices que são contrapostos a elas.

Em um segundo momento, sempre tendo como foco a reprodução assistida heteróloga, busca-se analisar separadamente a questão que envolve o anonimato nas doações de material genético, bem como, o direito ao conhecimento da identidade genética do concebido por intermédio de tal recurso médico, para posteriormente confrontá-los.

Em terceiro plano, objetiva-se compreender o direito de filiação justamente porque tal entendimento é indispensável para analisar a família formada por meio das técnicas de reprodução assistida heteróloga.

E, por derradeiro, agrupando-se todos estes aspectos, tem-se por finalidade o estudo em torno do meio processual adequado para que uma pessoa possa ter acesso à sua ascendência genética, com todos os seus elementos e efeitos decorrentes deste ato.

## **CAPÍTULO 1 - A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

### **1.1 Algumas Considerações Preliminares:**

O fato de ser possível a geração ou não de filhos sempre foi uma preocupação natural da humanidade, justamente porque a procriação é inerente a todo e qualquer ser vivo, já que é por meio da prole que há a perpetuação da espécie, como se uma pessoa pudesse tornar-se imortal pelos seus descendentes.

Por esta razão, “Durante toda a história da humanidade, percebeu-se uma grande preocupação com relação à fecundidade. [...] a mulher sempre foi representada como uma figura fecunda, grávida, capaz de gerar novos seres, a exemplo da mãe natureza”. (CAMARGO, 2003, p. 11)

Mas, o que é não ter filhos? Para alguns pode ser uma opção de vida, para outros, uma dura armadilha do destino, na medida em que a finalidade essencial do homem de crescer, multiplicar-se e perpetuar-se não é alcançada.

E é sob este segundo aspecto que surgiu a reprodução humana assistida, que engloba “[...] todas as hipóteses em que a fecundação ocorrer por forma diversa da relação sexual entre os genitores da criança [...]”. (BOSCARO, 2002, p. 88).

Logo, a reprodução assistida representa literalmente uma luz no fim do túnel, já que é apta a afastar o fantasma da frustração causado pela ausência de filhos.

Deste modo, ao longo dos tempos a medicina veio evoluindo até o ponto em que conseguiu alcançar o que antes seria impossível, isto é, ela permitiu a “reconstrução” da fantástica mágica da vida, haja vista haver permitido que pessoas antes sem filhos pudessem tê-los.

Neste passo, como afirma Gama (2003, p. 88):

[...] exatamente em função dos avanços científicos no campo da[s] ciências da vida, a pessoa humana pôde interferir em uma função do organismo humano que extrapola, nos seus efeitos, o funcionamento do seu próprio corpo, a saber, a função reprodutora.

Sendo assim, em 1978 nasceu Louise Brown o primeiro bebê de proveta do mundo e 06 (seis) anos após, em 1984, nasceu o primeiro bebê de proveta do Brasil. (CAETANO; MARINHO; MORAES, 2000, p. 80)

Desde então, a evolução científica não mais parou, surgindo novas esperanças e novas perspectivas de tratamento para aqueles que buscam a tão esperada gestação.

## **1.2 As Técnicas de Reprodução Humana Assistida:**

Os procedimentos destinados ao auxílio da procriação humana recebem a denominação de “técnicas de reprodução assistida (TRA)”. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005, p. 295)

No entanto, antes de se adentrar no estudo dos métodos de reprodução assistida propriamente ditos, importante considerar a distinção existente entre esterilidade e infertilidade.

Segundo Abdelmassih (1999, p. 126-129), a esterilidade caracteriza-se pela ausência de gravidez após um ano de tentativas, sem a utilização de qualquer método contraceptivo, enquanto que a infertilidade ocorre quando casais capazes de alcançar a gravidez têm sua progressão impedida por fatores de diversas naturezas.

De um modo ou de outro, tais expressões serão tratadas no presente tão-somente como infertilidade, mesmo porque “O próprio termo *esterilidade* já foi praticamente abandonado e trocado para o termo *infertilidade*, que significa dificuldade em obter a gravidez, tamanho o número de caminhos para se alcançar a gestação”. (CAMBIAGHI, 2005, p.191)

Sobre este tema, também merece relevância a diferenciação entre fecundação homóloga e fecundação heteróloga.

A primeira consiste na utilização de material genético do próprio casal que busca a reprodução assistida. Já a fecundação heteróloga utiliza material genético de um terceiro doador, estranho ao casal. (CAMARGO, 2003, p. 30-31)

Desta maneira, pode-se dizer que na fecundação homóloga “[...] a criança ao nascer terá a informação genética do casal. [...] [Enquanto que na

fecundação heteróloga,] a criança aqui gerada terá metade da informação genética do casal, ou nenhuma, caso os dois gametas sejam doados.” (KRELL, 2006, p.158)

Diante de tais esclarecimentos prévios, independentemente da utilização de métodos de fecundação homóloga ou heteróloga, segundo Serafini et al (2000), podem-se citar como técnicas de reprodução assistida, aptas a afastar ou ao menos amenizar o problema da infertilidade:

- inseminação artificial, na qual o sêmen é previamente coletado e posteriormente colocado na cavidade uterina. Assim, espera-se que os espermatozóides percorram as trompas podendo após fecundar o óvulo liberado pelo ovário.
- fertilização *in vitro* (FIV), considerada um dos maiores avanços na descoberta da medicina reprodutiva da atualidade. Consiste na indução da ovulação com posterior retirada dos óvulos. Assim, os óvulos e os espermatozóides permanecem em um mesmo ambiente para que ocorra a fertilização que, por óbvio, se dará fora do corpo feminino. Com a fertilização originam-se os embriões que são transferidos posteriormente ao útero.
- transferência intratubária de gametas (GIFT), em que os gametas (óvulos e espermatozóides) são misturados e introduzidos em uma ou ambas as trompas, onde se espera que a fertilização aconteça como em uma atividade reprodutora normal. Logo, diferentemente da FIV, a fertilização se dará dentro do corpo da mulher.
- transferência intratubária de zigotos (ZIFT), consistente na retirada dos óvulos que são fertilizados em laboratório e quando atingirem estágio de pró-núcleo os zigotos são transferidos para as trompas, em oposição ao que ocorre na FIV, uma vez que a transferência se dá para o útero.
- injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI), difere da FIV apenas em relação ao aspecto de se operar, já que consistente na introdução de um único espermatozóide diretamente dentro do óvulo. Este método é utilizado para situações específicas, sobretudo, naquelas que dizem respeito à capacidade de o espermatozóide por si só conseguir fertilizar o óvulo.

### **1.3 O Direito à Reprodução Humana Assistida:**



Como é da natureza humana a procriação, o direito de procriar por métodos artificiais pode ser constatado no âmbito jurídico pelos aspectos adiante relacionados.

### 1.3.1 Direito à Saúde:

A primeira pergunta que se deve fazer é se a falta de filhos ocasionada pela infertilidade representa ou não um problema de saúde.

Neste ponto, mister preliminarmente salientar o que estabelece o § 2º do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, datada de 22 de julho de 1946, que conceitua como saúde “[...] *um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*”.

Logo, pode-se dizer que saúde “[...] é o produto de condições objetivas de existência. Resulta das condições de vida e das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, por meio do trabalho”. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2005, p. 146)

Assim, se for levado em consideração o número de sensações experimentadas por uma pessoa infértil que variam desde sentimentos de revolta, raiva, dor, angústia, ansiedade, tristeza, além é claro da evidente incapacidade reprodutiva, percebe-se que efetivamente a infertilidade é sim um problema de saúde e que pode se refletir tanto no aspecto físico, mental e até mesmo social da pessoa.

Para tanto, segundo lição de Krell (2006, p. 110):

[...] basta constatar que as pessoas que não possuem a capacidade natural de gerar filhos devem ser consideradas portadoras de uma ‘doença’, visto que o ‘estado normal’ de um ser humano saudável inclui esta capacidade física de reprodução.

A este despeito, convém mencionar que a Constituição Federal de 1988, preceitua que:

*“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco*

*de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.*

Desta forma, consoante estabelece Krell (2006, p.110):

A “saúde sexual” de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos.

Com isto, quer-se dizer que “[...] cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica [...]” (SILVA, 1996, p.298).

Frise-se mais, que o Estado não pode impedir “[...] que uma pessoa receba adequado tratamento de saúde” (PETTERLE, 2007, p. 149), o que, por óbvio, tem plena aplicabilidade para a hipótese de a pessoa necessitar socorrer-se das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Portanto, resta evidente que o direito à reprodução humana assistida repercute diretamente no direito à saúde da pessoa que, por sua vez, deve ser garantido e concretizado pelo Estado, já que direito fundamental do homem.

### **1.3.2 Proteção Constitucional à Entidade Familiar e Direito ao Planejamento Familiar:**

O texto constitucional em seu artigo 226, *caput* e § 7º estabelece:

*“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

*[...]*

*§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”*

“Com a consagração desse direito ao planejamento familiar, o Constituinte de 1988 concedeu ao homem e à mulher a titularidade de direitos reprodutivos”. (KRELL, 2006, p. 106)

A este respeito, importante a ressalva feita pelo Ministro Carlos Ayres Britto (2008):

I – a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da “especial proteção do Estado” (base que é toda a sociedade);  
 II – não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentado, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.

Isto porque compete apenas ao casal o planejamento em relação à formação da sua família, ou seja, é somente o casal o responsável pela decisão em ter ou não filhos, quantos filhos ter, o momento de tê-los, bem como a maneira pela qual os mesmos serão gerados, isto é, se de forma natural ou mediante a utilização de possíveis técnicas de reprodução assistida.

Importante ainda relacionar, que a Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que regula o já citado § 7º da Constituição Federal, estabelece em seu artigo 9º que:

*“Art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.*

Neste prisma, o planejamento familiar relaciona-se com a assistência à concepção como modo de atenção à saúde (mais precisamente à fecundidade), que é assegurada a toda e qualquer pessoa.

Assim, “Não teria lógica a proibição de procriar por meio das técnicas de reprodução assistida, uma vez que decorrem de avanços científicos e garantem o surgimento de uma família normal e sadia, [...]”. (CAMARGO, 2003, p.143)

No entanto, convém mencionar que uma vez havendo o desejo de procriar há que se ter responsabilidade, o que repercute na paternidade responsável, a qual, consoante lição de D’Assumpção (1998, p. 137):

[...] se distingue por um desejo de ter filhos, porém dentro de uma limitação imposta por vários fatores quais sejam: condições sócio-econômicas do casal, adaptação psicológica dos cônjuges tendo em vista a paternidade, além de toda uma gama de subfatores, decorrentes destes dois primordiais.

Portanto, o texto constitucional exige apenas à assunção das responsabilidades inerentes ao vínculo paterno-materno-filial, mas não impõe qualquer restrição ao uso das técnicas de reprodução assistida, mesmo porque nada menciona ao seu respeito, o que se permite concluir que, independentemente do modo pelo qual a entidade familiar seja gerada, terá ela sempre proteção e respeito do Estado, desde que, é claro, haja observância dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável, consoante o previsto no § 7º da Carta Magna, já que “A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, [...]” (MORAES, 2007, p. 46)

Neste passo, conforme leciona Krell (2006, p. 109):

[...] pode-se afirmar que o desejo compreensível de gerar seus próprios filhos com o fito de constituir uma família com prole, aliado ao planejamento familiar adequado às necessidades do casal, é fator elementar que justifica o pretense direito fundamental à reprodução assistida.

Logo, a incapacidade reprodutiva, somada a vontade de constituição de uma família, com todas as responsabilidades daí decorrentes, não impede o uso das técnicas de procriação artificial, mas, ao contrário, é fator que autoriza e tutela a sua utilização.

### **1.3.3 Incentivo e Liberdade de Expressão à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico:**

Em conformidade com o que estabelece o artigo 218 da Constituição Federal de 1998, compete ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica.

Diante disto, pode-se dizer, como afirmado anteriormente, que se a impossibilidade de procriar é um problema de saúde e se o Estado deve incentivar o desenvolvimento científico, então a reprodução medicamente assistida tem pleno amparo no nosso ordenamento.

Isto porque, “[...] promover políticas públicas que visem reduzir o risco de doenças e outros agravos inclui, salvo engano, um fomento ativo da pesquisa

científica nessa seara, no sentido de buscar novas terapêuticas, [...]”. (PETTERLE, 2007, p. 151)

Neste contexto, é da atribuição do Estado o incentivo em torno de técnicas que permitam a procriação humana, não podendo “[...] negar às pessoas que se beneficiem dos avanços advindos de áreas a que ele mesmo dá especial proteção”. (CAMARGO, 2003, p.143)

Portanto, se o Estado permite e até incentiva o desenvolvimento científico e em sendo a reprodução humana assistida um dos maiores avanços da medicina moderna, visto refletir na incapacidade reprodutiva, é certo que a utilização dos métodos de procriação artificial para o alcance de uma gestação configura-se em direito da pessoa.

#### **1.3.4 Direito à Intimidade e Vida Privada:**

Segundo estabelece o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal:

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

Assim, a intimidade e a vida privada constituem-se em direitos da personalidade os quais, por sua vez, “[...] possuem a ‘face dupla’ de direitos humanos (fundamentais) e direitos subjetivos privados, para defender a pessoa tanto contra arbitrariedades do Estado quanto frente aos atentados perpetrados por outros particulares”. (KRELL, 2006, p. 112)

Neste contexto, os artigos 11 e 26 do Código Civil prescrevem:

*“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”*

*“Art. 26. 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.”*

Aliás, convém mencionar que o direito à intimidade e à vida privada “[...] aparece como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa*

*humana* como fundamento da República Federativa do Brasil.” (MORAES, 2007, p. 46)

Neste viés, consoante leciona Stoco (2004, p, 1641):

[...] não se pode esquecer que o fundamental é o respeito que cada um deve manter em face da pessoa e do nível de liberdade que ele estabeleceu em relação a terceiros e a si mesmo.

A autonomia da vontade há de prevalecer, como regra.

Ninguém tem direito de, sem consentimento, invadir as coisas materiais e espirituais de outrem; de perscrutar a sua vida, a sua família e as suas amizades ou inimizades; invadir a sua casa ou o seu recesso e espiolar a sua conduta e os seus relacionamentos, ainda que pouco recomendáveis.

Ademais, há que destacar que:

“No restrito âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados [...] levando em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa”. (MORAES, 2007, p. 129)

Desta forma, a reprodução humana assistida situa-se no direito que uma pessoa tem em regular de modo livre a sua vida privada, sem que haja qualquer forma de intromissão externa, justamente porque compete tão-somente ao sujeito a escolha quanto ao fato de querer ou não ter filhos, quantos filhos ter, além de optar quanto ao modo pelo qual irá procriar, se naturalmente ou artificialmente.

#### **1.4 O Paradoxo da Reprodução Humana Assistida:**

Nada obstante o permissivo para a reprodução assistida, consoante anteriormente explicitado, mesmo antes de ter sido gerado o primeiro bebê por meio dos métodos artificiais de procriação, inúmeros obstáculos foram e ainda são contrapostos a estas técnicas, dentre os quais se podem mencionar a religião e a omissão legislativa em relação a elas, cujos aspectos serão melhor abordados nos tópicos a seguir.

##### **1.4.1 A Religião:**

Preliminarmente, impende considerar que não se pretende no presente tópico esgotar o pensamento de todas as doutrinas religiosas em relação à reprodução assistida, mas traçar apenas alguns aspectos de relevância relativos às concepções religiosas de maior destaque no Brasil, dentre elas o catolicismo, islamismo, judaísmo e espiritismo.

Feita esta observação prévia, percebe-se que “Em geral, as religiões sempre defenderam a procriação e, conseqüentemente, a proteção do conceito. Os objetivos, absolutamente pragmáticos, são os de assegurar a sobrevivência de um povo, [...]”. (SEGRE; SCHRAMM in SEGRE; COHEN, 2002, p. 48)

Assim, em termos de procriação sempre se pensou intuitivamente na máxima religiosa do “crescei e multiplicai-vos”, segundo o qual a reprodução tem por fim precípua o de propiciar a continuidade da vida humana por meio das gerações futuras.

No entanto, para a religião católica (CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 1987, p. 42):

A origem de uma pessoa humana, na realidade, é o resultado de uma doação. O concebido deverá ser o fruto do amor dos seus pais. Não pode ser querido e concebido como produto de uma intervenção de técnicas médicas e biológicas: isso equivaleria a reduzi-lo a se tornar objeto de uma tecnologia científica. Ninguém pode submeter a vinda ao mundo de uma criança a condições de eficiência técnica a serem avaliadas segundo parâmetros de controle e de domínio.

Desta forma, se de um lado a Igreja Católica defende a continuidade da espécie humana como fruto do ato conjugal, por outro, permanece contrária às técnicas de reprodução medicamente assistida, visto que atentam contra a dignidade da procriação e da união conjugal, na medida em que tais métodos substituem o próprio ato sexual.

De outro modo, oportuno salientar que para o catolicismo as intervenções na área reprodutiva não devem ser simplesmente descartadas por serem artificiais, já que demonstram o alcance da arte médica, na medida em que previnem ou ao menos remediam as causas da infertilidade.

No entanto, a pesquisa científica em torno da procriação deve ser avaliada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, com o devido respeito à vida:

O fruto da geração humana, portanto, desde o primeiro momento da sua existência, isto é, a partir da constituição do zigoto, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade corporal e espiritual. O ser humano deve ser respeitado e tratado como

pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde aquele mesmo momento devem ser-lhe reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais, antes de tudo, o direito inviolável à vida de cada ser humano inocente.

Este conteúdo doutrinal oferece o critério fundamental para a solução dos diversos problemas suscitados pelo progresso das ciências biomédicas neste campo: uma vez que deve ser tratado como pessoa, o embrião também deverá ser defendido na sua integridade, tratado e curado, na medida do possível, como qualquer outro ser humano, no âmbito da assistência médica. (CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ, 1987, p. 21-22)

Já no islamismo, diferentemente da religião católica:

[...] as autoridades religiosas tendem a aceitar a fertilização assistida, desde que o casal esteja unido sob a lei islâmica. O marido, porém, deve ser necessariamente muçulmano, enquanto a esposa pode ser de origem judaica ou cristã [...]. (ABDELMASSIH, 1999, p. 121)

Para a lei judaica, cujos aspectos de vida são governados pela Lei Religiosa Halakah, as questões que envolvem a reprodução humana assistida parecem ser aceitas de um modo geral. No entanto, devem-se obedecer algumas restrições, tais como, a proibição da masturbação, a contracepção por interrupção do coito e a utilização de preservativos. Aliás, somente se permite a realização de procedimentos de inseminação artificial e de fertilização *in vitro* durante o período do *nidath*, iniciado sete dias após a menstruação. Destaque-se, também, que os gametas utilizados devem ser originários de homem e mulher israelita, aceitando-se apenas a participação de pessoas não judaicas se houver a sua conversão para o judaísmo. (ABDELMASSIH, 1999, p. 119-121)

Do ponto de vista da doutrina espírita, percebe-se que o homem tem auxiliado milhares de mulheres a gerir seus filhos pelos mais diferentes métodos, sejam eles naturais ou artificiais. Assim, vê-se com naturalidade o avanço relativo às técnicas de reprodução humana assistida e de engenharia genética. No entanto, as descobertas científicas devem sempre servir para o bem da humanidade, uma vez que elas não são boas ou más, mas o uso que se faz delas é que pode se mostrar como bom ou mal. Logo, pouco importa o meio pelo qual a criança venha ao mundo, mas sim, se ela será bem recebida e criada com amor e dedicação. (LOPES, 2008)

Como se pode perceber, de um modo geral, parece que as doutrinas religiosas acima mencionadas manifestam aceitação quanto à reprodução humana assistida. No entanto, estas atitudes permissivas não são absolutas, uma vez que dependem da ocorrência de outros aspectos, sobretudo, os que digam respeito à proteção da nova vida que se originará por meio dos métodos reprodutivos.



De uma forma ou de outra, dentre as concepções religiosas analisadas, depreende-se que a religião católica é a que mais óbices apresentam em relação aos meios de reprodução artificial.

#### **1.4.2 A Omissão Legislativa:**

Nada obstante a reprodução humana assistida tenha sua origem efetivamente comprovada desde o ano de 1978 e no Brasil desde 1984, ocasião em que nasceu o primeiro bebê de proveta brasileiro, observa-se que ainda existe um silêncio legislativo em relação à matéria.

Na realidade, foi somente no ano de 1992, ou seja, oito anos após o nascimento do primeiro bebê de proveta do Brasil, que foi editada pelo Conselho Federal de Medicina a Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992<sup>1</sup>, estabelecendo orientações éticas aos profissionais da área médica no atinente às técnicas de reprodução humana assistida.

Entretanto, importante que se destaque que aludida resolução configura-se em ato administrativo normativo, cujo eventual descumprimento desencadeia em processo sancionatório formal, mas que não se submete à sanção estatal comum, já que realizado por autoridades profissionais e não por autoridades jurisdicionais. (KRELL, 2006)

Portanto, “A reprodução humana assistida é tratada com especificidade somente por uma norma deontológica, a qual, em razão da sua natureza, restringe-se à comunidade médica”. (CAMARGO, 2003, p. 192)

Frise-se mais, que quase duas décadas após o nascimento do bebê de proveta brasileiro, o Código Civil de 2002 ao regulamentar sobre a filiação, estabeleceu:

*“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

---

<sup>1</sup> Ver no Anexo A o texto integral da Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

*II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”*

Assim, muito embora seja louvável a previsão do Código Civil, visto que pela primeira vez houve regulamentação legal quanto à matéria, demonstrando a preocupação do legislador com os filhos originários das técnicas de reprodução assistida, o Diploma Civil apenas tratou-a em um único dispositivo, nada mais estabelecendo em relação aos meios de procriação artificial, permanecendo, de conseqüência, a lacuna legislativa.

Desta forma, em 24 de março de 2005 foi editada a Lei da Biossegurança sob nº 11.105, a qual regulamentou em seu artigo 5º:

*“Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

*I – sejam embriões inviáveis; ou*

*II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.*

*§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.*

*§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.*

*§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”*

Contudo, o dispositivo em comento cinge-se apenas à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Assim, “[...] no que tange especificamente às reproduções heterólogas e, por conseguinte, ao princípio do anonimato do doador, a lei não trouxe preceito algum acerca desse assunto”. (DONIZETTI, 2007, p. 113)

Cumpra registrar também, que recentemente, ou seja, em 24 de setembro de 2009 foi publicada a Resolução nº 1.931 do Conselho Federal de Medicina, a qual aprovou o novo Código de Ética Médica e que prevê, em seu artigo 15<sup>2</sup>, ser vedado ao médico praticar a reprodução assistida em desconformidade com a legislação específica e sem o necessário esclarecimento aos envolvidos no processo, além de se proibir qualquer prática tendente à produção de embriões excedentários, para manipulá-los geneticamente ou que busque a sua investigação.

No entanto, da mesma forma que a Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992, esta resolução destina-se ao modo pelo qual a classe médica deve proceder, o que é necessário, mas que não supre a evidente lacuna jurídica em torno da procriação artificial.

Portanto, como se vê, não há regulamentação específica sobre a reprodução medicamente assistida, o que existem são apenas normas administrativas e artigos de lei que tratam da matéria, além de alguns projetos de lei tramitando no Congresso Nacional<sup>3</sup>.

Assim, percebe-se o abismo legislativo que perdura há muito tempo, sem que haja qualquer normatização sobre a procriação artificial, o que acaba sendo prejudicial na medida em que não há uma orientação legal a ser seguida e que possa resguardar as situações que advêm das técnicas de reprodução humana assistida e, sobretudo, assegurar os direitos daqueles que a elas recorrem, dos

---

<sup>2</sup> “Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.”

<sup>3</sup> Vide Anexo B que traz Quadro retratando os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.

profissionais da área médica, dos pesquisadores e das crianças que por elas se originam.

### **1.5 A Bioética - uma busca de solução:**

Como inexistente mecanismo legal para servir como norte a ser seguido no campo da reprodução humana assistida surge a bioética que tem como foco de preocupação os problemas éticos decorrentes do desenvolvimento biológico, tecnológico e médico, tudo para que haja respeito e promoção da vida humana, permitindo-se, de conseqüência, a sobrevivência condigna do homem.

Diante disto, “É a Bioética que tenta elucidar e esclarecer as demandas éticas, recomendando maneiras de reflexão para cada caso concreto, numa demonstração de que há um mínimo de dignidade que não se pode negociar.” (VIEIRA, 2006, p.17)

No entanto, necessário inicialmente mencionar que a palavra bioética tem como origem “[...] dois termos gregos: bios-éthos (vida-ética). Se relaciona à biotecnologia e à biomedicina.” (DURAND, 1995, p. 9)

Neste ponto, imperioso mostra-se relatar que o termo bioética não é necessariamente uma novidade da atualidade, uma vez que “[...] criado em 1971 pelo oncologista e biólogo americano Van Rensselaer Potter, em seu livro *Bioética: Ponte para o Futuro*, estabelecendo uma ligação entre os valores éticos e os fatos biológicos.” (SANTOS, *apud* CAMARGO, 2003, p. 63)

Como afirma Diniz (2007, p. 9):

Para esse autor, a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal.

Desde então, vários têm sido os sentidos empregados a aludido termo, no entanto, é possível afirmar que, “O vocábulo bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas.” (VIEIRA, 1999, p. 15)

Isto porque, atualmente, a bioética se consolida “[...] como uma metodologia de confronto interdisciplinar entre ciências médicas e ciências humanas.” (KRELL, 2006, p. 28)

Vale ponderar, conforme estabelece Durand (1995, p. 88) que:

Apesar de certas aparências, a prática da bioética está longe de ser ingênua ou superficial. Ela envolve-se profundamente em pontos e comunicações fundamentais de cada um, assim como nos valores coletivos. Ela engaja-se no futuro da civilização.

Por tudo isto, a reflexão bioética é difícil, tanto no plano da coerência pessoal como no plano da harmonia entre os cidadãos. Este é o selo da sua urgência.

Neste passo, “Pode-se dizer que a bioética tem um grande futuro pela frente, por oferecer uma contribuição decisiva na construção de uma vida mais digna para todos, na discussão de questões e problemas concretos.” (CAMARGO, 2003, p. 65-66)

Todavia, importante destacar o que ensina Schaefer (*In* MEIRELLES (Coord.), 2007, p. 37):

Portanto, a Bioética não deve ser considerada apenas um fórum de preocupação comum, ou um método de resolução de problemas e tomada de decisão, ou ainda um meio de regulação social. A Bioética deve ser entendida como um movimento da ética aplicada que promove a reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e, até mesmos, jurídicos propostos pelo desenvolvimento do progresso biotecnológico, visando a sistematização do tratamento dessas questões em princípios comuns e universais, determinando a informação e a compreensão da ciência de maneira acessível a todos e orientando a instrumentalização jurídica de seus princípios básicos.

Diante disto, depreende-se que “A bioética examina as possibilidades, as respostas morais para os questionamentos, cabendo ao Direito, quando for o caso, a sua tradução em normas jurídicas, por serem estas gerais e de obrigatório cumprimento.” (VIEIRA, 2006, p. 09)

Sendo assim, percebe-se a necessidade de se acompanhar o ritmo dos crescentes avanços científicos, para que seja possível nortear as inovações tecnológicas, de forma racional e cautelosa, a fim de que a ciência seja bem empregada e não viole os direitos fundamentais do homem que, aliás, são superiores a quaisquer outros.

Sob este aspecto, mister destacar que, segundo Durand (1995, p. 31-38), a bioética assenta-se sobre dois princípios fundamentais, quais sejam: o respeito à vida e o respeito à autodeterminação da pessoa. Isto porque, a vida humana é sagrada e de suma importância e como tal deve ser sempre protegida, de

modo que uma pessoa não pode sobrepor-se à outra, devendo-se respeitar a integridade física e corporal do ser humano, o que acaba refletindo-se na dignidade da pessoa humana.

Há, ainda, outros quatro princípios básicos que enaltecem a pessoa humana e que devem servir como parâmetro para a bioética, que são: princípio da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça. O primeiro princípio, ou seja, da autonomia, leva em consideração a vontade do paciente, na medida em que respeita as suas próprias escolhas nas opções do tratamento a que deve se submeter. Já pelo princípio da beneficência, tem-se que os profissionais da saúde devem utilizar o tratamento sempre para o bem do paciente, nunca para lhe prejudicar. O terceiro princípio, qual seja, da não-maleficência, nada mais é que um desdobramento do princípio anterior, já que busca, em essência, o mesmo objetivo de não causar dano ao paciente. Por fim, o princípio da justiça impõe que todos sejam tratados igualmente no que respeita ao exercício da medicina. (DINIZ, 2007, p. 13-16)

Assim, da análise de todos estes princípios, é possível perceber que “A bioética deve priorizar a proteção do ser humano, não as corporações biomédicas. A ciência deve existir como esperança e não como uma ameaça à vida humana.” (VIEIRA, 1999, p. 21)

Vale lembrar que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º<sup>4</sup>, inciso III, ao prever sobre a dignidade da pessoa humana, registra o respeito supremo da vida humana.

Sob este prisma, “quando o texto constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está corroborando um imperativo de justiça social.” (BULOS, 2001, p. 48)

Então, segundo doutrina Meirelles (2007, p. 16):

[...] não é compreensível que o amparo da vida seja fundado numa leitura subjetivada da vida humana, relativizando-se a minha, a sua, a nossa vida. É a vida humana em si, assim intrinsecamente considerada no valor que exprime, que dá fundamento a toda a merecida proteção.

---

<sup>4</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

Assim, o Direito à Vida desponta como uma das conseqüências lógicas do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto enquadrar-se em um dos direitos fundamentais do homem e que, portanto, merece a proteção e o respeito de todos.

Daí se extrai a importância de se conciliar o avanço científico e tecnológico, tão importante para o crescimento e evolução da sociedade, com o respeito e proteção do direito à vida, direito básico e inalienável do homem.

Portanto, mostra-se indispensável o cotejo de tais aspectos, sobretudo, à luz dos princípios constitucionais, a fim de que a ciência possa estar efetivamente a serviço do homem, pronta para manter a sua existência de forma digna.

Deste modo, não se pode olvidar que o avanço tecnológico e científico é de grande importância para o desenvolvimento humano, contudo, ele somente será bom e efetivamente válido se proteger, preservar e, sobretudo, respeitar a vida humana, buscando sempre o seu bem-estar.

## **CAPÍTULO 2 - O DIREITO AO ANONIMATO E O DIREITO DE CONHECER AS ORIGENS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**

### **2.1 A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina:**

Como mencionado anteriormente, é a Resolução nº 1.358/92 que regulamenta as técnicas de reprodução assistida.

Todavia, referida resolução é ato meramente administrativo e que se dirige apenas para os profissionais da área médica, na medida em que estabelece a maneira pela qual os mesmos devem proceder no uso dos procedimentos de procriação artificial.

Logo, não tem ela o condão de resultar em sanção jurisdicional em caso de descumprimento, ensejando tão somente a instauração de procedimento administrativo.

Nada obstante, como este é o único dispositivo vigente sobre o assunto, mister uma análise em torno do mesmo, sobretudo, no que respeita à doação de gametas ou pré-embriões e o anonimato, o que tem estreita relação com o presente estudo.

Assim, de acordo com o texto de aludida resolução, é o Capítulo IV que trata especificadamente sobre o tema em questão, estabelecendo, sobretudo, a necessidade de sigilo quanto à identidade do doador e do receptor de gametas ou pré-embriões, o que somente cederá em hipóteses excepcionais e que serão analisadas nos tópicos adiante.

### **2.2 O Doador:**

Dentro da procriação artificial, pode-se dizer que um dos temas que suscita maior inquietação é a doação de gametas e pré-embriões.



Isto porque, “A procriação artificial só pode existir na medida em que ocorre doação (de esperma ou de óvulo). Logo, a contribuição de um terceiro é condição fundamental à ocorrência da procriação”. (LEITE, 1995, p. 144)

Entretanto, antes de tudo, mostra-se importante compreender quem é a figura do doador.

Em um primeiro momento, há que registrar que “O papel dos doadores é decisivo nas procriações artificiais. São eles que fornecem aos médicos o material biológico necessário à realização das inseminações artificiais junto aos casais estéreis”. (LEITE, 1995, p. 52)

Neste contexto, quando se fala em doação de material genético deve-se ter em mente que ela consiste nos seguintes aspectos:

[...] a) a doação de esperma, tradicionalmente praticada nas clínicas de fertilização; b) a doação de oócito, que permitirá à mulher, inapta biologicamente a ser mãe, conceber o filho que não estaria apta a ter; c) a doação de embriões; [...].<sup>5</sup> (DONIZETTI, 2007, p. 117)

Assim, o doador refere-se “[...] tanto a pessoa do doador masculino como a do feminino, ou até de ambos, como no caso da doação do embrião”. (JORGE JUNIOR, 2009, p. 128)

Logo, doador é toda pessoa, independentemente do seu sexo, que cede o seu material genético para utilização por outrem, em razão da incapacidade reprodutiva deste, ou ainda, para “[...] evitar o risco de transmissão de doenças genéticas”. (PETRACCO; BADALOTTI e ARENT, *in* LEITE (Coord.), 2004, p. 04)

Vale destacar, também, que “A contribuição de gametas é, pois, um gesto desinteressado, de altruísmo. Como na doação de sangue ou de órgãos, a doação de forças genéticas tem um caráter humanitário e filantrópico”. (LEITE, 1995, p. 144)

Então, para que a doação seja considerada válida e eficaz, indispensável que o ato se revista de gratuidade, como bem estabelece o item 1 do Capítulo IV da Resolução: “1 – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”.

É esta, inclusive, a orientação constitucional, que no § 4º do artigo 199, estabelece ser vedado qualquer tipo de comercialização incidente sobre partes do corpo ou substâncias humanas<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> A autora também relaciona como modalidade de doação a maternidade de substituição ou a “barriga de aluguel”. No entanto, tal ato não será objeto de estudo no presente trabalho.

<sup>6</sup> Art. 199. [...]

Então, conforme lição de Leite (1995, p. 143):

O corpo, por ser elemento constitutivo e formador da pessoa deve permanecer fora do comércio. A regra se impõe também pela necessidade de proteger a pessoa contra a tentação de agredir a integridade de seu corpo, movida pelo dinheiro.

Importante ainda mencionar, que a escolha do doador é de responsabilidade das clínicas e centros que empregam a doação, conforme item 6 do Capítulo IV da Resolução, tudo para manter o seu caráter sigiloso.

Desta forma, “Entre o doador e o banco de esperma se estabelece um contrato de doação, por meio do qual o doador se compromete a transferir ao estabelecimento, uma parte de seu patrimônio pessoal.” (LEITE, 1995, p. 250)

Destarte, a doação reveste-se de necessária burocracia para que o ato seja tido por válido, sendo a unidade de saúde responsável pela coleta e conservação do material genético, a fim de que não sofra qualquer alteração apta a comprometê-lo.

De todo modo, é importante considerar que:

Como se trata de um bem da personalidade, o doador tem total direito à informação sobre a operação a ser futuramente realizada (processo de conservação, condições de aplicação, número de seres providos com sua contribuição, etc...) de acordo com as regras de deontologia médica. Assim como o doador dá o consentimento ao emprego do esperma, pode igualmente cancelar a autorização dada aplicando-se ao contrato de doação de esperma as regras de rescisão unilateral do contrato. (LEITE, 1995, p. 250-251)

Portanto, uma vez feita à doação, plenamente possível que seja revertida, justamente porque o elemento fecundante é parte integrante do corpo do doador que pode posteriormente arrepender-se e não mais pretender dispor do seu material genético.

### **2.3 Os Direitos da Personalidade:**

---

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

Quando se fala em direitos da personalidade tem-se como alvo primordial o ser humano em todos os seus aspectos. Tal ocorre porque, de acordo com Sá e Teixeira (2005, p. 38):

A atual concepção dos direitos da personalidade nasceu da necessidade de se olhar o homem em sua ontologia, fruto das barbáries cometidas nas guerras mundiais do século passado, que dizimaram milhões de pessoas. Esse enfoque diferenciado provocou grande efeito na ordem jurídica, pois esta verteu seu foco principal do patrimônio para a pessoa, colocando-a em seu centro, elegendo como objetivo primordial a promoção da dignidade humana.

Neste passo, a pessoa é vista “[...] como destinatária da proteção de certas qualidades, atributos, expressões ou projeções de sua personalidade e que merecem tutela de natureza especial pelo ordenamento jurídico.” (ALMEIDA, 2003, p. 63/64)

Assim, dada a proteção especial do ser humano, os direitos patrimoniais são colocados sempre em segundo plano.

Ademais, “A idéia de dignidade da pessoa humana está diretamente atrelada aos direitos da personalidade, cuja vinculação se funda nos valores necessários ao desenvolvimento físico, psíquico e moral”. (DONIZETTI, 2007, p. 59)

Neste contexto, como doutrina Bittar (2008, p. 17):

[...] esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual) e, de outro, à sua posição frente a outros seres na sociedade (patrimônio moral) representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).

Desta forma, os direitos da personalidade podem ser vistos sob três prismas: físico, intelectual e moral.

No seu aspecto físico, destacam-se o direito à vida e ao próprio corpo. No aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, o direito de autoria científica, artística ou literária e, ainda, no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, além do direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. (DONIZETTI, 2007, p. 65)

Logo, os direitos da personalidade são direitos absolutos, na medida em que:

[...] dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. (BITTAR, 2008, p. 11)

Relevante também mencionar, como sustenta Hammerschmidt (2008, p. 78), que os direitos da personalidade são ilimitados:

[...] pois, apesar dos direitos especiais de personalidade (CF, art. 5º), há inúmeros outros, que surgem como decorrência, em especial, da sociedade pós-moderna, embasando a teoria do direito geral de personalidade, amparada na dignidade da pessoa humana – a qual se configuraria como uma cláusula geral aberta, permitindo a ampliação do rol dos direitos da personalidade.

Sob este prisma, os direitos da personalidade priorizam sempre a pessoa humana, na medida em que têm como foco principal de preocupação a defesa e tutela dos valores inerentes à própria existência do homem.

### **2.3.1 O Direito ao Anonimato:**

A primeira parte do item 2 do Capítulo IV da Resolução, trata da doação de gametas ou pré-embriões, regulamentando que: *“2. Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores.”*

Como bem argumenta Gama (2003, p. 805):

O anonimato deve desempenhar duas funções importantes: a) inicialmente a de permitir a total integração do recém-nascido à família que o acolheu por força da procriação assistida heteróloga, impedindo, desse modo, a interferência de terceiros – como o doador – na formação e desenvolvimento da criança especialmente no campo da construção da sua personalidade, e no integral acolhimento do estado de filhos de seus pais; b) impedir qualquer tratamento discriminatório, excludente e odioso das pessoas em geral, e dos familiares dos pais em especial, relativamente à criança, o que demonstra que o sigilo do processo é conveniente e deve ser mantido, além do anonimato da pessoa do doador.

Neste viés, o anonimato é importante para garantir a “[...] autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada”. (BRAUNER, 2009)

De outro modo, é conveniente registrar que o anonimato do doador representa o seu direito fundamental da personalidade, entendido aqui como o direito à intimidade, que vem devidamente previsto no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso X, já citado anteriormente.

Tal ocorre porque:

O direito à intimidade consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa existência que de acordo com os valores sociais vigentes interessa manter sob reserva. (SILVA *apud* STOCO, 2004, p. 1641)

Conforme menciona Bittar (2008, p. 112):

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

Percebe-se assim, “[...] que o doador ou doadora de gametas tem direito a manter este ato em segredo, ou seja, na intimidade, de forma que as outras pessoas dele não tenham conhecimento”. (CÂNDIDO, 2009)

Como menciona Ferreira; Cunha (2009):

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

Logo, pelo anonimato na doação de material genético resguarda-se o direito que toda pessoa tem “[...] a reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos”. (CÂNDIDO, 2009)

Contudo, a própria Resolução 1.358/1992, no já citado item 2 (segunda parte), abre uma exceção ao sigilo dos doadores e receptores: *“2 – [...] Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.”*

Sendo assim, percebe-se que a regra é a manutenção do sigilo quanto à identidade dos doadores e receptores, regra que somente será excepcionada em ocasiões emergenciais, tais como:

[...] nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização de sêmen com carga genética defeituosa. (BRAUNER, 2009)

Portanto, veda-se o anonimato absoluto, muito embora seja ele necessário tanto para garantia do doador, como anteriormente retratado, assim também para a formação da família que irá se constituir a partir deste ato.

### 2.3.2 O Direito à Identidade Genética ou Direito de Conhecer as Origens:

Em primeiro lugar, imperioso registrar que “Interligando-se os temas pessoa, engenharia genética e sistema jurídico, surge a temática da identidade pessoal como valor na nova ordem de idéias”. (ALMEIDA, 2003, p. 74)

Neste viés, a identidade pessoal é o que torna cada indivíduo como ser único, diferente de todos os demais, como bem afirma Almeida (2003, p. 74):

[...], a identidade pessoal tem a ver com o pressuposto de que o indivíduo pode ser diferenciado de todos os outros, traduzindo-se num processo de construção e configuração individuais e exclusivos do próprio indivíduo, lastreando, assim, a sua biografia.

Nesta seara, pode-se dizer que a identidade genética encontra-se inserida na identidade pessoal<sup>7</sup>, isto porque:

Parte-se da existência do patrimônio genético para alcançar a identidade pessoal e, em última análise, para atingir sua dimensão à historicidade pessoal, que vem associada a uma exigência de integridade psíquica correspondente ao intangível, ao que não pode ser tocado, ao transcendental, ao metafísico, no plano normativo. (ALMEIDA, 2003, p. 78)

Nada obstante, a Carta Magna não contempla o direito à identidade genética, no entanto, “[...] seu reconhecimento pode ser inferido do sistema constitucional com base na dignidade da pessoa humana”. (VILELA, 2008, p. 73)

Tal ocorre porque a dignidade da pessoa humana:

[...] constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais e é, na verdade, um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, podendo ser considerada, ainda, como uma cláusula aberta com o escopo de respaldar o surgimento de novos direitos não expressos na Constituição de 1988, ainda que nela encontrem-se implicitamente. (FERREIRA; CUNHA, 2009)

Neste contexto, conforme leciona Vilela (2008, p. 74), “[...] não se encontra dificuldade em afirmar que o direito à identidade genética está erigido à categoria de direito fundamental por encontrar estreita relação com o direito à vida, sendo ainda manifestação da personalidade humana”.

Sob este prisma, o direito à identidade genética pode ser entendido como expressão do direito da personalidade na medida em que “[...] busca proteger o bem jurídico-fundamental – identidade genética”. (VILELA, 2008, p. 74)

---

<sup>7</sup> Necessário destacar que a identidade pessoal não se limita ao referencial biológico, qual seja, à identidade genética, mas também, a “[...] um referencial social, este construído ao longo da vida, na relação com os outros”. (PETTERLE, 2007, p. 111)

Neste passo, como registra Petterle (2007, p. 111):

[...] quando a doutrina faz referência a um direito fundamental à identidade genética, pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção, no âmbito das relações interpessoais.

Ademais, “O direito ao conhecimento da origem genética, [...], traz consigo a revelação da memória genética, que pode coincidir – ou não – com a memória familiar, componente indelével da historicidade particular”. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 65)

Frise-se mais, conforme afirma Ferreira; Cunha (2009), que:

[...] o direito à identidade genética apresenta-se como reflexo do direito do ser concebido conhecer sua ascendência biológica, como decorrência da inviolabilidade de sua integridade moral, sendo tal direito essencial e básico para o desenvolvimento da personalidade.

Portanto, por meio da identidade genética permite-se “[...] à criança gerada por reprodução assistida heteróloga o direito de saber sua origem da mesma forma que outro indivíduo nascido de relações sexuais tem conhecimento”. (CÂNDIDO, 2009)

Destarte, como leciona Lôbo (2009):

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.

Sob esta égide, pode-se dizer que “O direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai”. (MOREIRA FILHO, 2009a)

Como direito de personalidade, “o direito à identidade – [...] – tem as características próprias de todos de tal natureza: personalíssimo, inalienável, inacessível, inapropriável, imprescritível, impenhorável”. (CHINELATO E ALMEIDA, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 346)

Assim, “a descoberta da origem genética é fundante de todo ser humano, por proporcionar o livre desenvolvimento da sua personalidade”. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 65)

## 2.4 Colisão de Direitos Fundamentais:

Como visto anteriormente, tanto o direito ao anonimato como o direito de conhecer as origens ou o direito à identidade genética, refere-se a direito da mesma categoria, qual seja, a direito da personalidade que, por sua vez, constitui direito fundamental. Contudo, o primeiro diz respeito ao direito à intimidade e privacidade, enquanto que o segundo relaciona-se ao direito à identidade, na medida em que valoriza a verdade biológica.

Assim, resta saber qual dos dois direitos deve prevalecer em uma situação conflituosa, mas para tanto, mister se faz a demonstração quanto à maneira pela qual devem-se solucionar conflitos que envolvam direitos fundamentais.

Neste contexto, indispensável é a lição de Alexy (1997, p. 89):

Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa.<sup>8</sup>

Desta forma, como dispõe Ferreira; Cunha (2009):

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais em questão baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada quando o conflito em questão envolve princípios. Embora os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexistente qualquer espécie de hierarquia entre eles.

Desta forma, havendo colisão entre dois ou mais direitos fundamentais é imprescindível que se busque sempre o sacrifício mínimo dos direitos envolvidos, uma vez que os mesmos não poderão ser excluídos, já que esta colisão não indica que estes direitos são contrários uns aos outros, sendo apenas opostos quando analisados em casos concretos.

Portanto, indicar qual dos direitos em conflito deve prevalecer é tarefa de grande dificuldade, já que ambos baseiam-se em uma premissa maior, qual seja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

---

<sup>8</sup> Tradução livre: Quando dois princípios entram em conflito – assim como no caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio deslocado nem que no princípio deslocado tenha que introduzir uma cláusula de exceção. Mas o que ocorre é que, sob certas circunstâncias um dos princípios prefere ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão de preferência pode ser solucionada de maneira inversa.



No entanto, indispensável à busca de uma solução, uma vez que, como direitos da personalidade, são eles “[...] oponíveis *erga omnes*, em princípio, como regra, mas não de modo absoluto. Notadamente quando se confrontam com direitos da mesma natureza [...]”. (CHINELATO E ALMEIDA, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 350)

Logo, a resposta para tal conflito somente será alcançada à luz da análise dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Isto porque, “A aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na colisão de direitos fundamentais é eficaz e necessária para salvaguardar o equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes”. (ALMEIDA, 2003, p. 137)

Neste ponto, oportuno registrar que o Princípio da Proporcionalidade somente se realizará pela observância de três variantes, quais sejam, “[...] la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”. (ALEXY, 1997, p.111-112)<sup>9</sup>

Então, conforme sustenta Silva (2009):

A adequação indica a aferição da eficácia do meio escolhido em alcançar o fim colimado. A necessidade se traduz ao imperativo de escolha do meio eficaz, porém que imponha menos restrições. A proporcionalidade em sentido estrito revela a necessidade de ponderação entre os benefícios alcançados com o ato e os danos por ele causados.

Já “[...] o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas”. (CHINELATO E ALMEIDA, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 360)

Então, devem-se sopesar os direitos conflitantes, utilizando-se de necessária ponderação e adotando a proporcionalidade e a razoabilidade, de forma a se verificar qual dos princípios tem maior peso no caso concreto, pois somente desta forma é que será possível solucionar a questão em apreço, com o mínimo de sacrifício do princípio que foi desprezado.

---

<sup>9</sup> Tradução livre: “[...] a adequação, necessidade, (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação propriamente dito) se infere logicamente do caráter de princípio, isto é, é dedutível dele.”

### 2.4.1 O Anonimato X O Direito de Conhecer as Origens:

Como afirmado anteriormente, somente com a análise do caso concreto é que efetivamente pode-se chegar a uma conclusão mais precisa sobre a colisão existente entre o Direito à Intimidade e Privacidade (anonimato) e o Direito à Identidade Genética (conhecimento quanto às origens).

Entretanto, “A toda evidência, no nosso sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental.” (MORAES, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 227)

Assim, pode-se dizer que o direito de conhecer as origens será superior ao direito ao anonimato quando as causas aptas a ensejar que uma pessoa conheça a sua ascendência genética forem: “[...] a necessidade psicológica de conhecer a origem genética, o conhecimento de possíveis impedimentos do casamento e a preservação da sua saúde e vida nas graves doenças genéticas”. (FERREIRA; CUNHA, 2009)

Todavia, a solução para o conflito será absolutamente diferente quando a pessoa quiser:

[...] conhecer a identidade genética para desconstituir vínculo parental estabelecido por motivos financeiros ou descontentamento com a instituição familiar, é praticamente unânime a opinião dos doutrinadores em manter o anonimato do doador, pois nestes casos o conhecimento da origem genética não estaria defendendo a dignidade da pessoa humana, mas sim interesses financeiros pessoais do ser gerado ou mesmo estaria ferindo a dignidade dos pais estabelecidos se, após anos cuidando do filho, tivessem desconstituídas a maternidade e paternidade, num ato de ingratidão imensurável. (CÂNDIDO, 2009)

Diante disto, importante mencionar que o direito à identidade genética diz respeito à “[...] busca de dados para desvendar a história da saúde físico-psíquica de seus ascendentes biológicos, [...]”. (DINIZ, 2007, p. 510)

Assim, parece que o direito ao anonimato configura mero interesse particular quando contraposto com o direito ao descobrimento da real e verdadeira origem biológica de uma pessoa.

Isto porque, “Se o direito à identidade pessoal é aquele que a pessoa detém de ser conhecida como aquela que é, então, somente a verdade material importa para ela, devendo prevalecer sobre qualquer outro interesse, [...]”. (AGUIAR, 2005, p. 72)

Deste modo, o direito ao conhecimento da ascendência genética será preponderante ao direito ao anonimato do doador, desde que não se revista de caráter meramente econômico, pois neste caso estar-se-ia ferindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é basilar para permitir o conhecimento da origem de uma pessoa em contraposição ao anonimato.

Por derradeiro, importante é a observação de Aguiar (2005, p.69):

Há que ficar assentado que, a filiação decorrente do vínculo fixado com base na vontade de fazer nascer uma criança, independentemente de atividade sexual, não pode obstaculizar o exercício pleno do direito à verdade sobre a origem do indivíduo, enquanto manifestação da sua personalidade.

Com isto quer-se dizer que a verdade sobre a origem da pessoa, ou seja, o direito quanto ao conhecimento das origens deve sempre prevalecer. Seja em relação à família que se formou, fruto da técnica de reprodução assistida heteróloga, seja em relação ao próprio doador do material genético.

Tal ocorre porque, “[...] se deve conceder à verdade, [...] que envolve, exatamente, o âmbito fundamental da personalidade do indivíduo concernente à sua própria origem e lhe assegura a fixação plena de sua identidade.” (AGUIAR, 2005, p. 69)

#### **2.4.2 Conhecimento quanto aos Dados Genéticos ou à Real Identidade do Doador?**

Uma vez admitido que o direito ao conhecimento das origens seja prevalente em relação ao direito ao anonimato, há que se perguntar se aludida ciência se dará quanto à verdadeira identidade do doador ou se ela incidirá apenas em relação aos seus dados genéticos.

Para tanto, indispensável inicialmente o conhecimento prévio quanto a este aspecto em torno da legislação estrangeira, já que, como mencionado, no Brasil não existe regulamentação legal específica sobre a reprodução humana assistida.

Em conformidade com o que sustenta Aguiar (2005, p. 127), “No Reino Unido e na Grécia, o filho não pode conhecer a identidade de seus pais biológicos, mas lhe é autorizado saber suas características genéticas”.

No direito alemão “As informações relativas aos doadores são centralizadas, de modo a permitir que a criança possa conhecer sua origem biológica junto aos centros de reprodução medicamente assistida.” (GAMA, 2003, p. 266)

Já na legislação espanhola e no direito foral da Cataluña:

Somente é permitida a revelação da identidade do doador quando existente comprovado risco de vida para o filho, ou quando necessária à punição de natureza penal, garantida, em qualquer caso, a restrição ao uso dos dados, que não poderão ser tornados públicos sem que isso implique, em qualquer hipótese, determinação legal de filiação. (Aguiar, 2005, p. 133)

De acordo com a lei sueca:

[...] à criança é reconhecido o direito à sua historicidade sob o prisma biológico, devendo as informações serem prestadas assim que ela atingir a maturidade necessária para receber tais informações, inclusive, quanto à identidade do doador. (GAMA, 2003, p. 300)

Na Suíça o concebido tem direito, “[...] tão logo alcance maturidade suficiente, a conhecer os dados referentes ao doador, contra o qual não tem, entretanto, legitimidade para intentar ação de reconhecimento de paternidade (art. 23).” (AGUIAR, 2005, p. 147)

Conforme afirma Gama (2003, p. 901):

O direito francês adota postura bastante restritiva em matéria de fornecimento de dados e informações acerca da origem da parentalidade-filiação resultante de procriação assistida heteróloga, notadamente quanto à identidade do doador de gametas, estatuindo regra genérica no artigo 16-8 – na redação que lhe foi dada pela Lei n° 94-653, de 29 de julho de 1994 –, no sentido de que nenhuma informação que permita identificar o doador de parte ou produto de seu corpo (e o receptor) pode ser divulgada, sendo vedado ao doador e ao receptor o acesso às informações que permitam a identificação do outro. A legislação francesa somente admite o levantamento do anonimato em caso de necessidade terapêutica e mesmo assim reservada aos médicos do doador e do receptor, não admitindo, em nenhuma hipótese, a divulgação de tais informações a outras pessoas.

Contudo, oportuno registrar que, “[...] atualmente, a comunidade jurídica francesa aspira ao alcance da implementação do direito ao conhecimento da identidade dos ‘pais’ genéticos, sem a imposição de qualquer tipo de ressalva.” (FURKEL *apud* DONIZETTI, 2007, p. 133)

Como se pode visualizar por este breve esboço da legislação estrangeira, percebe-se que não há um consenso quanto ao levantamento da identidade do doador ou sobre os seus dados genéticos, havendo regulamentações mais permissivas ou mais restritivas.

De todo modo, o que as legislações estrangeiras analisadas têm em comum é o fato de permitirem o exercício do direito da personalidade pelo concebido por meio dos mecanismos de procriação artificial heteróloga.

Já no Brasil, o que se vê pela doutrina nacional é apenas a admissão do conhecimento quanto às origens, por ser reflexo do direito da personalidade, mas não se discute muito se este direito permitirá ao concebido ter acesso aos dados genéticos do doador ou à sua identidade.

Neste ponto, vale ressaltar o que leciona Aguiar (2005, p. 152) ao mencionar que “A identificação civil dos doadores é irrelevante, desnecessária e pode gerar refluxo significativo na doação de gametas.”

Desta forma, a autora acima citada é contrária à revelação da identidade dos doadores, tanto é assim, que ao fazer sugestões de *lege ferenda*, recomenda que ao concebido seja assegurado, “[...] em caso comprovado de necessidade médica, acesso aos dados genotípicos, especialmente para afastar o padecimento de enfermidades genéticas, hereditárias ou infecciosas transmissíveis, [...]” (AGUIAR, 2005, p. 162)

No mesmo sentido, estabelece Krell (2006, p.187) que: “Ao gerado artificialmente e ao adotado seria dado o direito apenas de acesso às informações sobre os seus genes, cuja garantia se encontra no direito à informação genética.”

Da mesma forma, afirma Lôbo (2009) que “[...] o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen [...]”

Então, para os doutrinadores citados, o exercício do direito da personalidade relativo ao conhecimento das origens estará resguardado com a informação sobre os dados genéticos do doador, excluindo-se, assim, a sua identificação civil.

Contudo, parece que a simples revelação de dados genéticos característicos do doador não resguarda em plenitude o direito à identidade genética do concebido.

Isto porque, conforme estabelece Baracho (2009):

A consagração de um direito a identidade genética aponta para o entendimento de que o genoma humano seja não só inviolável, como também irrepetível, para que seja basicamente fruto do acaso e não da heterodeterminação. As reflexões sobre o direito a identidade pessoal aparece nesta temática, quando se discute que a fórmula da identidade genética compreende o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

Logo, a tutela integral ao direito da personalidade e, de conseqüência, a própria dignidade da pessoa, somente existirá pelo “[...] conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos seus progenitores. Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, [...]” (MORAES *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 226-227)

Neste contexto, “[...] não há como olvidar a importância da informação e da historicidade da ascendência – sob o prisma biológico – da pessoa humana para que ela tenha plenas condições de entender a sua existência e suas origens. [...]” (GAMA, 2003, p. 909)

Ademais, se não há estabelecimento de vínculo de parentabilidade entre doador e concebido, consoante adiante se analisará, não há razão para impedir o acesso à identidade daquele.

A toda evidência, como doutrina Gama (2003, p. 916):

[...] a informação a respeito do procedimento médico e da identidade do doador somente permite o pleno conhecimento da história da sua vida sob o prisma biológico que pode perfeitamente auxiliar a pessoa a compreender várias manifestações físicas, psíquicas ou comportamentais que até então desconhecia.

Com isto quer-se dizer que, o conhecimento sobre apenas os dados genéticos do doador não fornece ao concebido a real identidade daquele, na medida em que a ciência quanto ao patrimônio genético não é apta a trazer a certeza e a transparência que se pretende quando se olha para um rosto e se consegue enxergar nele os traços característicos da pessoa fruto das técnicas de reprodução assistida heteróloga, fato este que ganha relevância quando o mesmo pretende exercitar o seu direito da personalidade por razões de cunho psicológico.

Então, é certo que a visualização física da pessoa do doador é muito mais impactante e efetiva do que a ciência em relação aos seus dados genéticos, já que com eles forma-se tão somente a composição biológica do indivíduo, mas não a sua figura concreta e real.

## CAPÍTULO 3 – A FILIAÇÃO

Antes de se analisar especificadamente sobre a possibilidade em se ajuizar ação para busca do conhecimento das origens é indispensável que se estabeleça o conhecimento em torno da filiação, o qual guarda extrema correlação com o tema em discussão.

### 3.1 Noções Históricas sobre Filiação:

Na fase inicial do Direito Romano o vínculo familiar não se originava apenas pela consangüinidade, mas também e, principalmente, pela religião do lar, ou seja, pertenceria ao grupo familiar aquele que professasse o culto do *pater familias*, o qual, por sua vez, tinha autoridade jurídica, econômica e religiosa sobre todos os integrantes do seu clã. Contudo, com o fortalecimento do Estado Romano houve o enfraquecimento do poder do *pater familias*, já que não era possível aos conquistadores e guerreiros terem outro senhor que não fosse o Império Romano. Ademais, com o avanço do Cristianismo também houve o enfraquecimento do culto familiar e, de conseqüência, do poder do chefe patriarcal, visto que nesta fase deu-se maior importância ao vínculo sangüíneo. (AGUIAR, 2005, p. 2-5)

Já no Brasil, a consangüinidade vinculada ao matrimônio teve relevância desde as Ordenações Filipinas. Isto em razão do poder exercido pela Igreja Católica que impunha obediência aos seus preceitos. Nesta fase houve distinção entre os filhos legítimos, ou seja, oriundos na vigência do casamento, e os filhos ilegítimos, originados fora do matrimônio, os quais, por sua vez, subdividiam-se em filhos ilegítimos naturais e espúrios, sendo os primeiros, fruto de pais que não estavam casados, mas que não apresentavam impedimento para tanto, enquanto que os demais, originários de pais incestuosos, adúlteros e clérigos ou que deveriam guardar voto de castidade. (AGUIAR, 2005, p. 5-7)

Aludidas concepções persistiram com a promulgação do Código Civil no ano de 1916, o qual continuava a discriminar os filhos ilegítimos espúrios, que eram proibidos de ser reconhecidos pelos pais, além de haver discriminação entre

os filhos naturais e os adotivos, sobretudo, no que respeitava à herança do pai adotivo.

Todavia, em 1949, com a edição da Lei nº. 883, tal situação sofreu alguma transformação, na medida em que se permitiram aos filhos concebidos fora do matrimônio a investigação da paternidade e a postulação de alimentos, cujo processamento deveria se dar “[...] sigilosamente, na finalidade específica de proteger a família contra a repercussão desfavorável de um procedimento que pode chocar o meio social em que vivem os cônjuges, ou provocar desarmonia no casal”. (PEREIRA, 2006, p. 191)

Mais adiante, com o artigo 51 da Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77) alterou-se o artigo 2º da Lei nº. 883/1949, proclamando-se a igualdade de todos os filhos em termos sucessórios: *“Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”*.

Nada obstante, a polêmica “[...] não se pacificou com a alteração havida na Lei n. 883/49, apesar de sua clareza vocabular, o que só veio a ocorrer com a promulgação da Carta Magna de 1988”. (SILVA, 1994, p.38)

Sendo assim, com a Constituição Federal de 1988 consagrou-se, de uma vez por todas, a igualdade entre os filhos, proibindo-se qualquer discriminação relativa à filiação, consoante se verifica pelo artigo 227, § 6º da Carta Magna que estabelece:

*“Os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”*

Tais disposições foram repetidas pelo artigo 20 da Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), representando “o ponto final de uma evolução do Direito Privado brasileiro em matéria de filiação”. (RODRIGUES, 2006, p. 102)

Atualmente, o Código Civil de 2002 ao tratar da filiação preceitua:

*“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*



*II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”*

Desta forma, pode-se perceber que nem sempre o vínculo de sangue foi suficiente para fundamentar o parentesco, já que este dependia de outras circunstâncias, o que também ocorre atualmente, sobretudo, quando se pensa em reprodução humana assistida heteróloga.

Conseqüentemente, “sujeitar o vínculo de filiação a um tratamento puramente biológico é relegar o ser humano a uma condição brutal, aculturada e não socializada”. (MAIDANA, 2004, p. 60)

Isto porque, hodiernamente, o vínculo de filiação não depende apenas da coincidência biológica entre os integrantes de um grupo familiar, mas de uma série de outros elementos sejam eles decorrentes da adoção, da paternidade socioafetiva ou, ainda, do avanço científico na área reprodutiva, no qual “[...] as relações de paternidade e filiação assumem uma complexidade nunca antes vista”. (JORGE JUNIOR, 2009, p. 139)

Oportuno, neste ponto, ressaltar o que retrata Fachin (2003, p. 64):

Nesse contexto, o liame paterno-filial não se sustenta tão-só numa explicação matrimonial ou de seqüelas sucessórias. A paternidade se faz inter vivos e não apenas para surtir efeitos mortis causa. O legado verdadeiro do testamento paterno-filial se dá em vida, precisamente quando pai e filho crescem mutuamente sob a lei mais relevante que é a do amor.

Diante de tais circunstâncias, “estudos antropológicos, psicológicos e sociológicos indicam que a paternidade como expressão e simbiose sócio-afetiva se constrói, ao passo que o laço biológico que caracteriza o genitor, é apenas um dado da Ciência”. (CHINELATO E ALMEIDA, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 333)

Deste modo, consoante leciona Lôbo (2007):

Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.

Então, como já destacado, modernamente, a verdade biológica é apenas um dos aspectos que são aptos para determinar e caracterizar uma família, dados os avanços surgidos nos tempos atuais, seja na determinação jurídica do vínculo de filiação, merecendo relevância neste ponto a paternidade sócio-afetiva e a adoção, ou ainda, na evolução científica ocorrida na área da reprodução humana assistida.

### **3.2 Filiação: jurídica, biológica e afetiva:**

Conforme visto anteriormente, é possível classificar a filiação em jurídica (ou legal), biológica e afetiva.

Neste sentido, aliás, ao mencionar sobre o parentesco, dispõe o Código Civil no seu artigo 1.593:

*“Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”*

A este respeito, há que se considerar que a filiação jurídica (ou legal):

[...] se vinculava obrigatoriamente ao casamento como valor absoluto, impondo o estabelecimento da relação de paternidade-filiação independentemente do fator biológico, já que era presumivelmente impossível que o filho de mulher casada tivesse outro pai que não o marido. Ainda que se constatasse a falta de pertinência biológica entre o homem e a criança, a lei impunha a filiação jurídica, somente ressaltando tal vínculo nos casos e prazos limitados, e no resguardo dos interesses do homem/marido, sem qualquer atenção à criança gerada e nascida. (GAMA, 2003, p. 481)

Já a filiação biológica, como o próprio nome diz, é a que se vincula à verdade biológica, visto originar-se do vínculo sangüíneo, da história genética da pessoa.

Então, “O vínculo genético é a caracterização básica e qualificação primeira da pessoa para adentrar ao *status* de filho – de um pai e de uma mãe, tornando-se a verdade biológica um primado no estabelecimento dos vínculos de filiação.” (ALMEIDA, 2003, p. 86)

No entanto, o vínculo genético tem sido posto em segundo plano dada a ocorrência da chamada filiação afetiva que é aquela em que se prioriza o afeto, ou seja, os laços de companheirismo, cumplicidade, cuidado, amizade, amor, que unem

pais e filhos. “O elemento socioafetivo da filiação reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação.” (FACHIN, 2003, p. 24)

Desta forma, “O que garante a estruturação de alguém como sujeito é o exercício das funções materna ou paterna em sua vida, para que possa se firmar como pessoa. Não é necessário que seja o pai ou a mãe biológica.” (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 69)

Importante ressaltar, conforme leciona Fachin (2003, p. 25), que:

O reconhecimento da filiação socioafetiva se impôs a partir do desenvolvimento da mesma engenharia genética que tornou inegável a *verdade biológica*. Se, de um lado, a ciência permite a certeza sobre os laços de sangue, ela admite, sob outro aspecto, que tais laços sejam postos à margem diante de uma realidade socioafetiva.

Logo, “A filiação, a seu turno, passando pela crise e superação na jurisprudência, venceu a moldura nupcialista, alcançou a definição biologista e, hoje, oscila entre os paradoxos, do da consangüinidade à afetividade.” (FACHIN, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 171)

Portanto, resta saber qual é a modalidade de filiação que se estabelece quando se está diante da reprodução humana assistida heteróloga, dado o número de pessoas e de possibilidades que podem estar envolvidas em um processo de procriação artificial.

Assim, antes do nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo, não se discutia quanto à maternidade, uma vez que esta era plenamente demonstrada pela gravidez e pelo parto, o que gerou a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa).

No entanto, a partir do momento em que se abriu a possibilidade de se utilizarem técnicas de reprodução humana assistida houve uma revolução quanto ao conhecimento exato da filiação, na medida em que, hodiernamente, é possível que uma mulher geste um embrião gerado por um óvulo doado e o esperma do marido, ou gerado por óvulo próprio com esperma de doador anônimo, ou ainda, por embrião gerado por óvulo e esperma doados. Sem falar, ainda, da possibilidade de utilização do chamado “útero de substituição” ou, popularmente, barriga de aluguel, bem como de, num único processo de reprodução, visualizar-se a existência de três categorias de mãe: a biológica, a que engravida e a que cuida (mãe social).

Por tais aspectos, há que se atentar que “[...] a determinação da paternidade – e mesmo da maternidade – de crianças geradas dessa forma tem causado perplexidade e ainda não encontrou uma adequada disciplinação legislativa em nosso país.” (BOSCARO, 2002, p. 89)

Neste contexto, “Atualmente, ainda subsiste a presunção *mater semper certa est*, embora não seja uma verdade absoluta”. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 42)

Diante disto, é possível afirmar-se que há uma sensível diferença entre o ato da procriação e a filiação em si, “[...] tendo em vista que não é o simples fato de procriar que garante a existência da filiação”. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 58)

Tal ocorre porque, como afirmado anteriormente, “[...] ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir, [...]”. (VELOSO, *in* LEITE (Coord.), 2002, p. 389)

Desta maneira, independentemente do modo pelo qual a reprodução assistida heteróloga seja realizada, será pai ou mãe da criança gerada aquele que planejou o nascimento do filho por meio das técnicas de procriação artificial.

Isto é, “Quando utilizada ajuda biotecnológica, figura-se hipótese inteiramente diversa em que o vínculo decorre do ato de vontade de fazer nascer uma criança, dissociado da sexualidade.” (AGUIAR, 2005, p. 62-63)

Diante disto, segundo doutrina Gama (2003, p. 919):

Constata-se, pois, que a procriação assistida heteróloga atribui a condição de filho (jurídico) à pessoa concebida com material fecundante de outra pessoa que não de seu pai (e/ou mãe), com iguais direitos e deveres comparativamente aos outros filhos.

Destarte, como bem relaciona Aguiar (2005, p. 96):

O interesse em se tornar pai ou mãe, atribuível a quem tenha demonstrado a vontade de submeter-se à prática médica condizente com essa intenção, é suficiente para exigir-se dos interessados o cumprimento de todos os deveres pelo nascimento que foi por eles promovido.

Neste ponto, também importante é a doutrina de Moreira Filho (2009b):

Estando casado ou em união estável o casal que se submeteu às técnicas artificiais de reprodução, e se em conjunto externaram o seu consentimento informado acerca da inseminação, não resta dúvida de que, seja homóloga ou heteróloga, a filiação pertencerá ao casal que a consentiu; e será legítima, visto ser concebida na constância do casamento ou da união estável, descabendo qualquer contestação futura a seu respeito.

Logo, o vínculo paterno-materno-filial se estabelece tão-somente entre concebido e receptores do material genético, com todos os deveres daí decorrentes

os quais “[...] envolvem as noções clássicas de guarda, sustento e educação dos filhos, [...]” (GAMA, 2003, p. 924)

Então, nesta hipótese, segundo enuncia Veloso (*in* LEITE (Coord.), 2002, p. 389), o vínculo sanguíneo:

[...] pode não interessar coisa alguma, porque a verdade que se busca e se quer revelar e prestigiar, [...] não é a verdade do sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração.

Diante disto, pode-se concluir que o amor é basilar para o entendimento do vínculo de filiação formado entre o concebido por procriação heteróloga e os receptores do material genético, que suportaram e se submeteram a todo um processo de reprodução assistida, planejando o nascimento daquele indivíduo, para com este constituir uma família.

### **3.3 O Estado de Filiação:**

Inicialmente, importa salientar que “O estado da pessoa é seu modo particular de existir, sua condição individual na sociedade, da qual derivam direitos e obrigações”. (PEREIRA, 2006, p. 66)

Já “[...] a filiação é resultado do desejo de perpetuar a espécie, direito inerente a todo ser humano, como também é consequência da interação existente entre pessoas cujo objetivo inicial é a responsabilização pelo outro”. (DONIZETTI, 2007, p. 27)

Por outro lado, “O estado de filiação diz da experiência do ser filho, sem que esta esteja atrelada a laços consanguíneos, à similitude do DNA ou a um título civil, que se traduz juridicamente em uma certidão de nascimento”. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 39)

Neste diapasão, o estado de filiação se fundamenta na vontade e no desejo em ser pai e ser mãe, bem como, no fato de que o filho tem um pai e uma mãe que são responsáveis por ele e que o amam de forma incondicional.

Portanto, o estado de filiação não se traduz propriamente no vínculo genético, mas sim no vínculo amoroso que cerca uma família, tenha ela coincidência biológica ou não entre os seus integrantes.

Relevante ainda anotar, que é por meio das denominadas ações de estado que se pode corrigir eventual falha no estado da pessoa e, em especial, no estado de filiação de um indivíduo. Deste modo, consoante leciona Pereira (2006, p. 66):

Chamam-se ações de estado as que visam ao acertamento do estado da pessoa, seja para afirmá-lo, quando ela não lhe está na posse, seja para contestá-lo, quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se acha, sem a ele ter direito, e particularmente as que têm por objeto a fixação da relação jurídica da paternidade, [...]  
As ações de estado, [...], são *ações declaratórias*. (PEREIRA, 2006, p. 66)

Sendo assim, as Ações de Estado configuram-se em ações declaratórias, as quais correspondem àquelas ações “[...] em que o juiz, ao declarar o direito de uma das partes, protege-o suficientemente. Ela elimina, de maneira fundamental, a crise de certeza existente no plano do direito material, [...]”. (BUENO, 2007, p. 294)

Então, as ações de estado são ações declaratórias, na medida em que apenas haverá a declaração quanto à incerteza que paira em torno da realidade pessoal de alguém.

Logo, o instrumento hábil para esclarecer falhas ou faltas no estado da pessoa e, em especial, no de filiação, corrigindo-as, será sempre o ajuizamento das chamadas Ações de Estado, que constituem ações declaratórias por excelência, justamente pelo objetivo que perseguem.

### **3.4 Uma Analogia Necessária: A Adoção:**

Diferentemente do que acontece com a adoção, em que o vínculo de filiação resulta de direito legitimamente regulamentado, a procriação artificial não é um direito, mas constitui-se tão-somente em um remédio médico, visto ter por objetivo o alcance da gravidez e, de conseqüência, o afastamento da esterilidade humana. (LEITE, 1995, p. 147)

No entanto, é inegável que a adoção guarda alguma similitude com os casos que envolvem a reprodução assistida heteróloga.

Tal ocorre, em razão de que, em algumas situações de reprodução assistida heteróloga, é utilizado material genético de pessoas estranhas ao casal

que opta por aludida técnica, inexistindo, deste modo, coincidência genética entre a criança gerada e seus “genitores”.

Assim, tal qual a adoção, nos casos de reprodução assistida heteróloga haverá a vontade da paternidade e da maternidade, mas sem que a criança seja efetivamente filha biológica daqueles que manifestaram tal desejo, ocorrendo em ambas as hipóteses a chamada filiação socioafetiva.

Neste viés, tanto em um caso como noutro, há constituição de “[...] parentesco civil não natural, que não se fundam na relação carnal entre homem e mulher, o que permite uma comparação e possibilidade de extensão das normas relacionadas à adoção para a reprodução assistida heteróloga”. (KRELL, 2006, p. 157)

Entretanto, impende observar que há posicionamento doutrinário contrário, no sentido de não ser possível aplicar-se à reprodução assistida heteróloga as regras da adoção, já que não há qualquer relação entre elas:

A hipótese não tem analogia com a revelação da identidade dos pais biológicos quando exista adoção, porque neste caso o filho procura preencher uma lacuna em sua existência: a de saber o motivo pelo qual foi abandonado ou porque houve destituição do poder familiar de seus genitores. Na inseminação heteróloga não há abandono, nem sequer existia criança. (AGUIAR, 2005, p. 162)

Nada obstante o entendimento acima, é inconteste a equiparação da adoção com a procriação artificial heteróloga, na medida do vínculo de filiação formado e nos deveres decorrentes deste.

Neste passo, há que se destacar a importante alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazida pela Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009, a qual passou a permitir expressamente que o filho adotado tenha acesso às suas origens, o que pode se verificar pela nova redação dada ao artigo 48, do dispositivo em comento:

*“Art.48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.*

*Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.”*

Portanto, como se percebe, foi franqueado ao filho adotado, seja ele capaz ou incapaz, o direito de saber quem são seus pais biológicos, independentemente de qualquer motivação, bastando para isto apenas a vontade de conhecer sua ascendência genética.

Sob este contexto, nada obstante o fato de que a adoção rompa qualquer vínculo com a família natural, o que a legislação fez, foi tornar cristalino o exercício do Direito da Personalidade do adotado, relacionado ao conhecimento da sua identidade genética que é, como já mencionado, direito fundamental, tendo em vista que mantém estreito relacionamento com a Dignidade da Pessoa Humana.



## **CAPÍTULO 4 - AÇÃO PARA CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA EM VIRTUDE DO ANONIMATO EM DOAÇÕES DE MATERIAL GENÉTICO**

### **4.1 Considerações Preliminares:**

A idéia de conhecimento da ascendência biológica sempre foi vista como um degrau que se deve escalar para se chegar a outro direito, como por exemplo, o recebimento de pensão alimentícia, a possibilidade de utilização do nome paterno, ou ainda, o recebimento de herança.

Isto porque, consoante afirma Almeida (2003, p. 79):

No Brasil, o direito ao conhecimento da origem genética possui um caráter funcional, concebido como um direito subjetivo ordinário de alcançar o bem-estar econômico, o direito a alimentos, o direito de herança e o direito ao nome, não possuindo o perfil de direito fundamental da pessoa de conhecer sua progeneritura, a exemplo do que se tem em Portugal e na Alemanha.

Destarte, parece não ser possível conceber o conhecimento quanto às origens fora dos casos de Investigação de Paternidade e/ou Maternidade, justamente pelo fato de tal ato ser da tradição jurídica brasileira.

Logo, o conhecimento da ascendência não é visto como direito único, ou seja, tão-somente como o direito que o indivíduo tem em ter acesso a sua historicidade.

No entanto, como visto anteriormente, o direito à identidade genética é direito fundamental e, portanto, não pode existir somente de forma secundária, ou seja, atrelado a outro direito.

Todavia, a partir do momento em que a Lei nº 12.010/09 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo que o adotado tenha acesso às suas origens, acabou por consagrar, extirpe de dúvidas, o direito à identidade pessoal e genética de forma única.

Neste viés, como nos casos de reprodução assistida heteróloga a criança gerada terá coincidência genética com apenas o pai ou a mãe ou não terá com nenhum deles, da mesma forma que a adoção, é inconteste o seu direito de saber qual é a sua real descendência.

Ademais, é salutar que se diga que o conhecimento das origens não pode ficar adstrito unicamente a situações excepcionais, tal qual previsto na

segunda parte do item 3, Capítulo IV, da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Em primeiro lugar, como exaustivamente tratado, porque o acesso a ascendência genética é elevado à categoria de direito fundamental, relacionando-se com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é bem supremo do homem e que deve ser respeitado por todos.

Assim, como leciona Moraes (2007, p. 46):

[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Então, é indispensável “[...] o reconhecimento de que a dignidade é um dado inerente a toda e qualquer pessoa humana, independentemente de quaisquer circunstâncias concretas, haja vista que é um atributo intrínseco à pessoa humana”. (ECHTERHOFF In MEIRELLES, 2007, p. 94)

Em segundo lugar, porque negar o conhecimento das origens a uma pessoa é o mesmo que impedir-lhe de exercitar o seu direito de ação e ter acesso à justiça, devidamente previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal:

*“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

Nesta linha de raciocínio, “[...] qualquer forma de ‘pretensão’, isto é, ‘afirmação de direito’ pode ser levada ao Poder Judiciário para solução”. (BUENO, 2007, p. 101)

Consoante leciona Dinamarco (2003, p. 373):

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

A garantia de *ingresso em juízo* (ou do chamado ‘direito de demandar’) consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição).

Da mesma forma, o artigo 126 do Código de Processo Civil estabelece:

*“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”*

Pelo dispositivo em comento, não pode o juiz, diante de uma pretensão, omitir-se na sua função jurisdicional, mesmo porque a própria lei apresenta solução para os casos de lacuna ou obscuridade da lei.

Desta maneira, o vazio legislativo em torno da possibilidade de conhecimento das origens daqueles que são fruto das técnicas de reprodução assistida heteróloga, não pode servir como motivo para impedi-los de terem acesso à sua identidade genética e, de conseqüência, a sua historicidade.

Entretanto, há que se perguntar: Por meio de qual instrumento processual será possível o alcance de tal direito?

É o que se pretende responder nos tópicos seguintes.

## **4.2 Ação Cabível para Conhecimento da Ascendência Genética:**

### **4.2.1 Investigação de Paternidade e/ou Maternidade:**

De acordo com o que sustenta Cândido (2009), “O entendimento da doutrina é majoritário no sentido de reconhecer como meio adequado para o conhecimento da origem genética a ação de investigação de paternidade prevista na Lei nº. 8.560/92”.

Neste sentido é o posicionamento de Pereira e Silva (*in* LEITE (Coord.), 2002, p. 250) que sustenta “[...] que o filho concebido artificialmente, desde que queira, proponha contra o pai biológico, o doador de gametas, ação de investigação de paternidade”.

No mesmo contexto, Welter (2002, p. 115) sustenta que “O filho e seus pais podem investigar a paternidade biológica, porque cada um estará reclamando o direito personalíssimo, a sua personalidade, a sua própria identidade, a sua ancestralidade”.

Ademais, nesta mesma linha de raciocínio o Projeto de Lei nº. 120/2003 de autoria de Roberto Pessoa indica a Investigação de Paternidade e/ou Maternidade como o mecanismo processual adequado para se obter o conhecimento da origem genética:

*“Art. 1º. Esta Lei trata da investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida.*

*Art. 2º. A Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992 passa a vigorar com o acréscimo do seguinte Art. 6º A:*

*‘Art. 6º A - A pessoa nascida de técnicas de reprodução assistida tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, a ser fornecido na ação de investigação de paternidade ou maternidade pelo profissional médico que assistiu a reprodução ou, se for o caso, de quem detenha seus arquivos.*

*Parágrafo único. A maternidade ou paternidade biológica resultante de doação de gametas não gera direitos sucessórios.’*

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

No entanto, este não parece ser o instrumento processual mais eficaz porque como afirma Lôbo (2009):

Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos 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.

Diante deste fato, sustenta Cândido (2009):

A paternidade e a maternidade são conseqüências do estado de pai e mãe, ou seja, decorrentes do fato do filho estar na posse do estado de filho daquelas pessoas. A filiação é comprovada pela certidão de nascimento, na qual, no caso da reprodução medicamente assistida heteróloga, deverá constar o nome dos beneficiários do processo. Assim, uma vez registradas a paternidade e a maternidade, não se pode modificar o estado de filiação salvo por erro ou falsidade deste registro.

É esta, inclusive, a orientação do Código Civil:

*“Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.*

*Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”*

Desta forma, como já existem paternidade e maternidade estabelecidos e como não há quaisquer

[...] motivos para descaracterizá-la, principalmente quando se percebe a paternidade socioafetiva ganhando cada vez mais importância no momento de definição de parentesco. A ação deverá ter efeitos limitados ao conhecimento da ascendência genética. (CÂNDIDO, 2009)

Logo, a investigação de paternidade e/ou maternidade não pode ser tida como eficaz para que uma pessoa desvende sobre sua verdadeira ascendência genética, já que o seu objetivo é o de justamente atribuir vínculo paterno-materno-filial a quem não os tem, o que não é o caso da reprodução assistida heteróloga, pois este já se encontra configurado.

Então, se fosse o caso, haveria a necessidade de primeiramente deconstituir a paternidade e maternidade existentes para, somente depois, requerer-se a investigação da paternidade e/ou maternidade, o que não é possível, pois o vínculo de parentesco mostra-se perfeito.

Ademais, não se pode dizer também que o registro de nascimento é falso ou eivado de erro, haja vista que o nascimento do filho somente foi possível em razão da vontade e desejo daqueles que se socorreram das técnicas de procriação artificial heteróloga, sem que se possa relacionar qualquer elemento volitivo do doador, visto seu ato ser caracterizado como de puro altruísmo, qual seja, o de apenas auxiliar alguém a contornar o seu problema de infertilidade.

Diga-se mais, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que:

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

Assim, pelo dispositivo, “A ação investigatória se dirige contra os supostos pais. Se estes forem falecidos, a demanda será endereçada contra seus herdeiros, mas nunca poderá figurar o espólio como parte passiva.” (SILVA, 1994, p. 45)

Neste passo, no pólo passivo da ação investigatória haverão de figurar os supostos pais ou seus herdeiros.

No entanto, por se tratar de reprodução assistida heteróloga e diante do caráter anônimo da doação, mostra-se inviável o ajuizamento de ação em face dos supostos pais ou seus herdeiros.<sup>10</sup>

Frise-se, outrossim, que a concessão do direito ao ajuizamento de investigação de paternidade e maternidade contra os doadores importa em escancarar, para a sociedade e para o filho, sem necessidade, a incapacidade geradora do pai e/ou mãe comitentes. (AGUIAR, 2005, p. 153)

Ademais, não há de se cogitar sequer o ajuizamento de ação investigatória quando a receptora do material genético doado for mulher solteira, posto que, consoante afirma Moreira Filho (2009b):

Nesses casos não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação. Ainda que não exista lei específica, por analogia usamos o instituto da adoção em relação à doação do sêmen. A criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo genético de filiação biológica. Isto, porém, não acarreta ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que, ao doar seu sêmen ele abdica voluntariamente de sua paternidade, da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção ou quem perde o poder-familiar.

Destarte, como o objetivo da investigação de paternidade e/ou maternidade é o de atribuir vínculo de filiação, ela não se mostra como mecanismo adequado para o concebido por meio das técnicas de reprodução assistida heteróloga desvendar sobre sua ancestralidade genética.

#### **4.2.2 Habeas Data:**

De acordo com Ferreira; Cunha (2009), “Há quem defenda o Habeas Data, como o meio adequado para o conhecimento da identidade genética”.

Neste sentido, doutrina Gama (2003, p. 915), para quem “O *habeas data* representa a garantia constitucional que assegura, efetivamente, o direito à identidade pessoal no campo da procriação assistida heteróloga em favor da pessoa concebida através da técnica científica”.

---

<sup>10</sup> Ver a respeito item 4.3.5.2 adiante, que trata especificadamente sobre a legitimidade passiva para o ajuizamento de ação que busca o conhecimento das origens.

Para tanto, indispensável mencionar que o *habeas data* vem previsto no inciso LXXII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual prescreve:

*“LXXII – conceder-se-á habeas data:*

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”*

Portanto, da leitura do dispositivo acima, percebe-se que com o *habeas data* “[...] objetiva-se fazer com que todos tenham acesso às informações que o Poder Público ou entidades de caráter público possuam a seu respeito”. (TEMER, 1992, p. 194)

Como leciona Moraes (2000, p. 143):

O *habeas data* é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário, que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais.

Assim, ao admitir que o *habeas data* seja mecanismo apto para que a pessoa possa conhecer sua origem genética, Gama (2003, p. 914) disciplina:

Como visto, diante da nova ordem civil-constitucional instaurada em 1988, especialmente relacionada à prevalência da pessoa humana sobre qualquer outro valor, é fundamental atribuir efetividade aos direitos da personalidade no seu conteúdo mais básico e essencial: a historicidade da pessoa para que ela possa gozar de uma vida sadia e possa desenvolver plenamente todas as suas potencialidades, priorizando o *ser* em detrimento do *ter*. Nesse sentido, se as informações a respeito de créditos e débitos podem ser obtidas pela própria pessoa para resguardo do seu patrimônio, mas também para tutela de sua honra, logicamente que as informações sobre a própria concepção da pessoa – e que se encontram registradas em arquivo ou banco de dados do centro de saúde, do banco de sêmen, do banco de embriões ou do consultório médico – devem ser tratadas como mais importantes do que aquelas relativas à situação patrimonial da pessoa. Cuida-se, tão-somente, de dar efetividade aos direitos fundamentais da pessoa humana que, nessa parte, pode se concretizar através do remédio constitucional do *habeas data*. É oportuno ressaltar que as informações, uma vez reveladas, não se tornarão públicas e, portanto, o médico ou o centro de saúde não poderá divulgá-las, mantendo o sigilo do procedimento e o anonimato do doador, somente podendo revelar – se for autorizado pelos interessados – que houve o procedimento médico relacionado a determinada pessoa que foi concebida através de técnica de reprodução assistida heteróloga, mas sem divulgar a identidade do doador que, portanto, não sofrerá qualquer prejuízo diante do *habeas data* impetrado. Em outras palavras: o anonimato prosseguirá existindo, mas não é oponível à pessoa que foi concebida com sêmen do doador (ou óvulo da doadora).

Então, para o citado doutrinador, o *habeas data* é o procedimento mais eficaz para o conhecimento da historicidade pessoal, uma vez que por intermédio dele a pessoa tem a revelação de dados concernentes à sua concepção, além do fato de que o anonimato do doador de material genético será sempre observado, porém não tem validade para aquele que foi fruto da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Portanto, para o autor nominado, o objetivo do *habeas data* de que as informações e os registros solicitados sejam relativos à pessoa do impetrante encontra-se plenamente assegurado, na medida em que por meio deste remédio constitucional o indivíduo terá acesso ao ato de sua concepção.

Todavia, nada obstante o respeito pelo posicionamento doutrinário referido, não parece ser este o melhor caminho.

Em primeiro lugar, porque muito embora o gerado pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga queira ter acesso a informações alusivas ao ato pelo qual foi concebido, ao fazê-lo, acaba por obter também “[...] informações relativas à pessoa do doador, o que não pode ser fornecido através do *habeas data*”. (CÂNDIDO, 2009) Ofende-se, desta forma, a intimidade de pessoa estranha ao impetrante, qual seja, o doador.

Em segundo lugar, porque o próprio texto constitucional condiciona como requisito para a impetração de *habeas data*, que os arquivos constem em “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Logo, “Tal determinação exclui totalmente a propositura do Habeas Data nos casos em que as técnicas de Reprodução Medicamente Assistida ocorram em clínicas particulares”. (FERREIRA; CUNHA, 2009)

Desta forma, como as clínicas que se utilizam das técnicas de procriação artificial, por serem particulares, não se revestem de caráter público, “[...] seus serviços são dirigidos para uma parcela específica da população e [...] seus serviços não são de interesse público”. (CÂNDIDO, 2009)

Destarte, como se percebe, o *habeas data* não pode ser visto como mecanismo útil para o conhecimento das origens àqueles que se originam das técnicas de reprodução assistida heteróloga.

#### **4.2.3 Síntese Conclusiva:**



Diante do que se discorreu acima, nem a Investigação de Paternidade e/ou Maternidade e tão pouco o *Habeas Data* configuram-se em ações aptas para garantir o exercício do direito ao conhecimento da ascendência genética.

Ademais, como já se falou também, há um vazio legislativo quanto ao assunto, “[...] não existindo no ordenamento jurídico brasileiro uma ação própria para concretizar este direito, o que demonstra a necessidade do poder legislativo criar esta ação”. (FERREIRA; CUNHA, 2009)

Também já se mencionou a evolução legislativa trazida pela Lei nº 12.010/2009 quanto à possibilidade expressa do adotado ter acesso às suas origens, bem como, quanto ao fato de que os casos de reprodução assistida heteróloga guardam estreita semelhança com os de adoção.

Ante ao exposto, utilizando-se de um processo de integração analógica, há que se permitir também ao concebido pelas técnicas de procriação artificial heteróloga o conhecimento de sua ancestralidade.

Isto porque, não se pode obstaculizar aqueles que se originam por meio desta técnica o exercício do seu Direito da Personalidade.

Neste viés, enquanto não houver legislação específica para o assunto em comento deve-se possibilitar a ciência quanto à identidade genética por meio de ação própria, que tenha tão somente este objetivo.

### **4.3 Aspectos Processuais da Ação:**

#### **4.3.1 Natureza Jurídica:**

Já foi afirmado no Capítulo anterior que o estado da pessoa representa o seu modo de existir, a sua condição individual perante a sociedade.

Assim, “A atribuição do *status personae* permite à pessoa ser identificada em toda a gama de relações subjetivas em que esteja envolvida”. (ALMEIDA, 2003, p. 37)

Sob este contexto, há que se considerar que a composição biológica de uma pessoa representa o seu modo mais básico e essencial de diferenciá-la de todas as demais pessoas, na medida em que a individualiza das demais.

Diante disto, como afirma Perlingieri (*apud* ALMEIDA, 2003, p. 37):

Portanto, a atribuição do estado de pessoa faz emergir a idéia de identidade, que pode ser enfocada sob três óticas ou modelos: (i) a *identidade pessoal*, que é a continuidade orgânica imputada a cada indivíduo, estabelecida através de marcas distintivas como o nome ou a aparência e que são derivadas de sua biografia; (ii) a *identidade social* ou as *identidades sociais*, constituídas pelas categorias sociais mais vastas a que um indivíduo pode pertencer; e (iii) a *identidade de ego* ou a *identidade sentida*, que é a sensação subjetiva da sua situação, da sua continuidade e do seu caráter, que advém ao indivíduo como resultado de suas experiências sociais.

Neste viés, a identidade genética é parte integrante do *status personae*, uma vez que é um dos elementos que integram a identidade pessoal.

Também já se aventou quanto à possibilidade de ocorrência de falhas existentes no estado da pessoa, as quais podem ser sanadas por meio das chamadas Ações de Estado.

Então, “É dado o direito à pessoa gerada artificialmente ingressar com ação de estado para assegurar o seu direito da personalidade ao conhecimento da origem genética, sem que isso altere a filiação já estabelecida.” (BARROSO *apud* KRELL, 2006, p. 187-188)

Diante disto, dado o objetivo que persegue, pode-se dizer que a natureza jurídica da ação que busca o descobrimento da verdade biológica é a de Ação de Estado.

Frise-se mais, como também já se mencionou, que aludida ação tem cunho declaratório, haja vista que a sua única finalidade é a de esclarecer quanto à ascendência biológica de uma pessoa.

#### **4.3.2 Prazo Prescricional:**

Segundo a doutrina de Bittar (2008, p. 11-12), os direitos da personalidade constituem-se em:

[...] direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e

oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código.

São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, *de lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares.

Assim, em sendo o direito à identidade genética direito da personalidade é ele imprescritível, podendo, por conseguinte, ser exercido em qualquer tempo.

#### **4.3.3 Competência:**

Como já mencionado anteriormente, o que se quer com a Ação para Conhecimento das Origens é tão-somente o conhecimento quanto à verdade genética. Assim, grosso modo, o que se pretende é a ciência da família biológica do indivíduo.

Diante deste fato, muito embora os efeitos processuais produzidos não sejam exatamente os mesmos que de uma Investigação de Paternidade e/ou Maternidade, em essência, acabam assemelhando-se, já que se leva em consideração o fato de haver uma constituição genética que é transmitida de geração em geração e que se pretende conhecer para, a partir daí, entender-se o histórico biológico do nascido por meio da utilização de material genético de doador anônimo.

Desta forma, consoante relacionado anteriormente, como a ação para o descobrimento das raízes biológicas de uma pessoa é caracterizada como ação de estado, então, o juízo competente para o conhecimento, processamento e julgamento de aludido feito é o Juízo da Vara de Família.

#### **4.3.4 Hipóteses de Admissibilidade:**

De acordo com a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Regional de Medicina (Capítulo IV, item 3), somente será possível conhecer a identidade do doador de material genético em situações excepcionais.

Assim, como já se viu anteriormente, a doutrina tem sido unânime em reconhecer o direito ao conhecimento das origens nas hipóteses em que tal ato se mostra necessário para fins de visualização de algum impedimento matrimonial, ou ainda, para preservação da saúde e da vida, no que diz respeito ao conhecimento quanto a graves enfermidades genéticas.

No entanto, também já se falou que o direito ao conhecimento das origens é direito da personalidade e, portanto, direito fundamental e direito personalíssimo.

Da mesma forma, discorreu-se sobre o fato de que todos têm o direito de ter acesso a sua historicidade pessoal, haja vista que o acesso das origens revela a essência genética de um indivíduo, o que representa direito basilar do homem.

Então, há que se permitir, do mesmo modo que na adoção, que o filho originário das técnicas de reprodução assistida heteróloga tenha o direito de conhecer sua identidade biológica e, por conseqüência, a identidade do doador (ou doadores, conforme o caso), independentemente de qualquer motivação, ou seja, não apenas por questões relacionadas ao matrimônio ou à saúde, mas também, porque íntima e psicologicamente mostra-se importante para o indivíduo ter ciência da sua origem genética.

Isto porque, limitar ao concebido o conhecimento de sua ancestralidade a apenas algumas hipóteses é tolher, por demais, o exercício do seu direito à identidade genética, além de discriminá-lo em relação aos concebidos de forma natural ou por meio de reprodução assistida homóloga, ou ainda, diante dos adotados que agora possuem expressamente este direito.

#### **4.3.5 Legitimidade:**

##### **4.3.5.1 Legitimidade Ativa:**

Para Welter (2002, p. 115) “O filho e seus pais podem investigar a paternidade biológica [...]” Assim, em conformidade com o doutrinador, pais e filho têm legitimidade para a busca da verdade genética do nascido por meio das técnicas de procriação artificial heteróloga.

No entanto, segundo afirma Gama (2003, p. 804):

É fundamental o segredo do procedimento relativamente aos estranhos, como ocorre no próprio procedimento da adoção, mas não se deve negar o filho o direito de obter informação a respeito da sua historicidade genética, daí a conveniência da revelação apenas ao filho, único titular de interesse legítimo em descobrir suas origens para inclusive poder bem compreender sua existência no mundo terreno.

No mesmo sentido, sustenta Moreira Filho (2009a) “[...] que, se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética [...]”.

Logo, nada obstante o posicionamento de Welter, somente terá titularidade para a ação que objetiva o conhecimento genético aquele que se origina da técnica de reprodução assistida heteróloga, isto é, o fruto da doação, seja ele pessoa maior ou menor, relativa ou absolutamente incapaz.

No que respeita ao fato do concebido menor ter acesso a sua ascendência biológica, oportuno é o entendimento de Gama (2003, p.927):

Excepcionalmente, com base em manifestações de doenças (hereditárias ou genéticas), os filhos poderão, devidamente representados ou assistidos por seus pais, obter as informações pertinentes ao doador antes da maturidade para o fim de não sofrerem violação irreparável de sua integridade física, psíquica e moral.

Desta forma, importante ressaltar que o conhecimento das origens antes da maioridade, somente pode ser permitido em situações que digam respeito à saúde física do concebido, já que não há dúvidas que este conhecimento, antes da maturidade, pode lhe causar transtornos graves de ordem psicológica.

Registre-se, também, que o maior incapaz somente poderá ter acesso às suas origens se puder expressar inequivocamente sua vontade, já que, do contrário, aludido direito será exercido por seus genitores (os receptores do material genético), que não se apresentam com legitimidade para tanto.

Então, “É titular do direito à verdade somente aquele a cuja personalidade está ela ligada, uma vez que a verdade, que se refere à pessoa, diz respeito a ela e a mais ninguém.” (MORAES *apud* AGUIAR, 2005, p. 71)

Com isto, quer-se dizer que o pai e/ou a mãe, que se socorreram das técnicas de procriação artificial heteróloga, não têm legitimidade em investigar a ancestralidade da criança gerada, muito embora possam ter uma natural curiosidade quanto à identidade do doador do material genético.

Assim, conjugando-se com as hipóteses de admissibilidade da ação, é somente concedido ao filho o direito de perquirir quanto à sua origem, justamente porque o seu direito é personalíssimo, ou seja, apenas ele tem legitimidade em ver resguardado o seu direito da personalidade, relacionado à sua identidade genética.

#### **4.3.5.2 Legitimidade Passiva:**

Para alguns doutrinadores será legitimado passivo na ação que busca o conhecimento das origens o doador de gametas ou pré-embriões.

Neste sentido, leciona Pereira e Silva (*in* LEITE (Coord.), 2002, p. 250):

[...] nada impede que o filho concebido artificialmente, desde que queira, proponha contra o pai biológico, o doador de gametas, ação de investigação de paternidade. Duas são as razões para tanto. Por primeiro, porque ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em segundo lugar, porque o conhecimento da ascendência biológica é direito fundamental do homem, alicerce indisponível da instituição familiar.

Nada obstante o respeito pelo posicionamento acima mencionado, parece de extrema dificuldade o filho concebido artificialmente propor ação para descobrimento da sua origem em face do doador do material genético.

Em primeiro lugar, porque a doação é anônima. Logo, salvo a unidade de saúde em que o procedimento de reprodução assistida heteróloga foi realizado, ninguém mais tem conhecimento quanto a real identidade do doador.

Em segundo lugar, porque de acordo com a Resolução 1.358/92 do Conselho Regional de Medicina, única legislação administrativa sobre o assunto, somente por motivação médica pode ser fornecida informação quanto à pessoa do doador e mesmo assim, aludida informação será apenas noticiada para médicos.

Então, para todos os efeitos, há uma real impossibilidade em se ajuizar qualquer modalidade de ação em face do doador.

Também impossível aos pais receptores do material genético figurarem no pólo passivo, já que eles não se apresentam com condições de prestarem esclarecimentos quanto à pessoa:

[...] do doador, pois tanto aqueles como este não têm dados sobre as identidades do outro. Contudo, os pais poderão propiciar os elementos de informação necessários para que o filho, se assim o desejar, possa ter acesso às informações que repute conveniente para o exercício do direito à identidade pessoal sob o prisma da historicidade genética. (GAMA, 2003, p. 927)

De todo modo, sem dúvida alguma é assegurado àquele que se originou por meio das técnicas de reprodução assistida heteróloga o acesso às suas origens.

Assim, há que se pensar que terá legitimidade passiva para ação aquele que efetivamente se apresenta com condições para fornecer informação sobre a identidade do doador, ou seja, a unidade de saúde em que o procedimento de procriação realizou-se.

#### **4.4 Efeitos do Conhecimento da Ascendência Genética:**

##### **4.4.1 Efeitos Pessoais:**

Uma vez conhecida a real verdade biológica de uma pessoa é inegável a ocorrência de efeitos extrapatrimoniais.

Como bem enumera Gama (2003, p. 880):

No caso da procriação assistida heteróloga, no âmbito dos efeitos jurídicos no campo extrapatrimonial, é oportuno levar em conta, ainda, a distinção entre os efeitos que se verificam a partir do estabelecimento do vínculo entre as pessoas, e aqueles outros que não pressupõem o estabelecimento do vínculo parental, mas que, por força da consangüinidade, ou outro fator, determinam a presença de efeitos no campo das proibições ou restrições civis.

Logo, é indispensável a análise individualizada de tais efeitos, consoante itens a seguir.

#### 4.4.1.1 Não-constituição de Vínculos Paterno-materno-filiais com o doador:

Tendo em vista a doação revestir-se de caráter humanitário e altruísta, a pessoa do doador não pode ser reconhecida como “[...] parente natural da (futura) criança, não tendo sequer sido constituído o vínculo parental entre ambos.” (GAMA, 2003, p. 884)

Por via reflexa, “O direito ao reconhecimento da origem genética não importa, igualmente, em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva e apenas assegura a certeza da origem genética, [...]” (MOREIRA FILHO, 2009a)

Neste passo, é possível traçar uma distinção entre o estado de filiação e o conhecimento da ascendência biológica.

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram. (LÔBO, 2009)

Deste modo, a impossibilidade de constituição de vínculo paterno-materno-filial entre doador (es) e concebido reside no fato, em primeiro lugar, de que tal vínculo já se estabeleceu entre a criança e aquele que se utilizou das técnicas de reprodução assistida heteróloga.

Ademais, a filiação socioafetiva é perfeita, formada por laços de carinho, de companheirismo e de convivência, inexistindo qualquer razão para desconstituí-la.

Em segundo lugar, porque o conhecimento das origens é independente do reconhecimento da paternidade e/ou maternidade, já que busca tão somente a ciência quanto à historicidade pessoal do concebido, sem qualquer reflexo no vínculo de filiação.

Sob esta visão, “[...] deve-se sempre ter em mente que a paternidade deriva do estado de filiação, sem guardar relação direta com a origem biológica.” (DONIZETTI, 2007, p. 126)

Em terceiro lugar, em consonância com o que sustenta Varela (*apud* AGUIAR, 2005, p. 96):

O fato de ter o(a) doador(a) ciência de que uma das possibilidades de aplicação do seu sêmen ou óvulo é, exatamente, fazer nascer uma pessoa,



não se põe como suficiente ao preenchimento do critério voluntarístico necessário à procriação.

Além disso, como afirma Boscaro (2002, p. 89):

É certo que uma tal paternidade biológica não teria qualquer sentido em ser juridicamente reconhecida, dado o absoluto e prévio desinteresse desse doador com a sorte da criança a nascer e dada a provável ausência de quaisquer relações entre ele e a mãe da criança, a qual, de resto, pode estar jurídica e afetivamente ligada a outro homem.

Portanto, a vínculo parental e, de conseqüência, o poder familiar, somente se estabelece entre os receptores e a criança gerada, mas jamais entre esta e o doador.

Vale considerar, ainda, o que prescreve Gama (2003, p. 885):

Considerando a própria circunstância do não-estabelecimento dos vínculos parentais relativos às pessoas dos doadores e, conseqüentemente, o não-reconhecimento da autoridade parental dos doadores sobre a criança, logicamente que nem a morte dos pais jurídicos vai permitir o estabelecimento do vínculo entre a pessoa concebida e os doadores.

Então, neste caso, o fator biológico somente tem relevância para o real conhecimento da verdade quanto à origem do concebido, mas sem causar qualquer repercussão jurídica no vínculo familiar que se formou previamente, justamente por inexistir qualquer liame entre o doador e os receptores, bem como, a vontade daquele quanto à sorte da criança, os quais se configuram em requisitos indispensáveis para o estabelecimento da maternidade e/ou paternidade.

#### **4.4.1.2 Impedimentos Matrimoniais:**

O artigo 1.626 do Código Civil estabelece:

*“Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.”*

Esta redação, nada mais é, que uma repetição do *caput* do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

*“Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de*

*qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”*

Assim, muito embora com a adoção rompam-se todos os laços entre adotado e sua família de sangue, há que se manter tal vínculo quando se pensa nos impedimentos matrimoniais, porque, consoante leciona Silva (1994, p. 63):

É evidente, contudo, que o rompimento de vínculos não pode estender-se a questões ligadas a matrimônio, pois, do contrário, o adotado poderia casar-se com sua mãe de sangue, em inequívoca afronta a princípios religiosos e morais, do conhecimento público. Circunscrevendo o assunto ao terreno puramente eugênico, poderíamos acrescentar que uniões desse jaez, se acaso autorizadas pelo legislador, decerto ocasionariam riscos desnecessários aos neonatos, sobretudo à luz da ciência médica, diante da possibilidade de apresentarem deformações congênicas de natureza irreversível.

Nesta linha de pensamento, “Vale dizer: se não há mais qualquer espécie de relação jurídica de ordem parental entre eles, permanece o fato do vínculo biológico.” (FACHIN, 2003, p. 202)

Sob este aspecto, como já afirmado anteriormente, se os casos de reprodução assistida heteróloga são similares aos de adoção, então, há que se aplicar também esta regra aos concebidos por meio de tais técnicas.

Há que registrar, ainda, que “A hipótese não é de aplicação da analogia, mas de se socorrer da interpretação extensiva para reler a regra geral no que tange aos impedimentos matrimoniais para também ser aplicada à procriação assistida heteróloga.” (GAMA, 2003, p. 891)

A necessidade em se estender os dispositivos legais em comento aos casos de reprodução assistida heteróloga reside no fato de que:

Os impedimentos traduzem preocupações de ordem religiosa, moral, social e biológica. A extensão da proibição do casamento é decorrente da natureza dos laços de parentesco (na linha direta ou colateral), da filiação (legítima, natural ou adotiva) ou da afinidade (quando o casamento, que cria a afinidade, foi dissolvido por morte ou pelo divórcio).

Desde o momento em que existe entre certas pessoas uma comunidade de vida, de sentimento e de sangue, o vínculo do casamento não pode se superpor aos laços preexistentes sem provocar graves desequilíbrios no interior da família e ao próprio indivíduo.

Em se tratando de comunidade de sangue, de ordem biológica, portanto, a preocupação sempre foi de evitar os riscos que a consangüinidade é capaz de criar aos futuros descendentes. Assim, quando os futuros cônjuges foram concebidos graças ao recurso a uma inseminação artificial heteróloga, há sempre a possibilidade que eles sejam meio-irmão, ou meia-irmã, sem o saber. (LEITE, 1995, p. 216)

Logo, nos casos de procriação artificial heteróloga, é a existência de vínculo consangüíneo que dita à ocorrência do impedimento matrimonial, isto

porque, além de razões religiosas e morais, o que não se quer é o prejuízo aos futuros descendentes, fruto da união de parentes próximos.

Ademais, quando se fala em impedimentos matrimoniais, há que se pensar que eles “[...] não representam proibições civis restritas à pessoa concebida pela técnica e ao doador de sêmen (ou doadora de óvulo), mas abrangem também os parentes do doador nos mesmos limites que se aplicam aos seus pais (jurídicos) e parentes destes.” (GAMA, 2003, p.895)

Com isto, tem-se que, uma vez conhecida a verdade biológica do concebido pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga, há que se ver reconhecida também a ocorrência de impedimentos matrimoniais que repercutem tanto na pessoa do doador, quanto nos parentes deste, isto porque o vínculo de sangue não pode ser apagado, já que representa a essência do indivíduo.

#### **4.4.1.3 Possibilidade de Adoção pela Pessoa do Doador:**

Como recomenda Gama (2003, p. 897), “Outro efeito pessoal que deve ser verificado em matéria de procriação assistida heteróloga se refere à permissão (ou proibição) da adoção da pessoa concebida com o emprego de material fecundante (sêmen ou óvulo) pelo doador.”

Para tanto, mister inicialmente analisar o que prescreve o artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

*“Art. 42. [...]”*

*§ 1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.”*

“Vale dizer, um irmão não pode adotar outro, situação extensiva também aos ascendentes (avós, bisavós, trisavós, tetravós).” (SILVA, 1994, p. 66)

Tal ocorre para “[...] evitar confusões de parentesco, pois o neto passaria a ser filho, da mesma forma que o irmão.” (PACHI *in* CURY (Coord.), 2006, p. 161)

Ademais, como destaca Becker (*in* CURY (Coord.), 2006, p. 165), o dispositivo:

[...] justifica-se plenamente, pois, do contrário, estar-se-ia transformando, artificialmente, um vínculo familiar preexistente e com características

próprias diferentes da filiação em outro que, por sua vez, seria matriz de novos parentescos, que alterariam de modo absurdo a constelação familiar.

Desta forma, com uma análise mais superficial e desatenta do texto legal em comento, poder-se-ia imaginar que o doador de material genético não pode adotar o concebido, uma vez que é seu parente, dado o vínculo biológico que os une.

Contudo, como já se mencionou anteriormente, o conhecimento das origens diferencia-se do estado de filiação, na medida em que nele há apenas a ciência sobre a antecedência genética do indivíduo, mas sem que tal fato represente a configuração de vínculo parental entre eles, já que o mesmo já se estabeleceu, de forma socioafetiva, entre os receptores do material genético e o concebido.

Então, como leciona Gama (2003, p. 898):

Conforme já foi analisado, no que concerne à pessoa do doador, nunca houve o estabelecimento de parentesco natural entre ele e a pessoa que foi concebida através de técnica de reprodução assistida heteróloga e, desse modo, não há que se falar em ascendente e descendente diante da ausência de parentesco entre eles.

Assim, o objetivo do § 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que é o de impedir a ocorrência de confusão de parentesco e de transformar em artificial um vínculo que já existe resta assegurado.

Isto porque, simplesmente não há qualquer vínculo de parentesco entre doador e concebido, pois ele não pode ser considerado pai do nascido, como inclusive já se mencionou anteriormente.

Ademais, segundo doutrina Gama (2003, p. 899):

A questão da consangüinidade, relativamente a tal dispositivo, não produz efeitos negativos, já que o próprio dispositivo do Estatuto somente limita o seu alcance aos ascendentes e colaterais em segundo grau do adotando, não sofrendo outros parentes naturais – com base na consangüinidade, portanto -, tal limitação.

Neste passo, perfeitamente possível ao doador vir a adotar o concebido com o seu material fecundante, justamente porque, nada obstante a consangüinidade, ele não se enquadra na noção de parente do conceito, pois nunca foi juridicamente seu ascendente.

#### **4.4.2 Efeitos Patrimoniais:**

Dada a circunstância do conhecimento sobre a origem genética do concebido por meio da reprodução assistida heteróloga não produzir qualquer repercussão no que respeita ao estabelecimento de vínculo paterno-materno-filial entre doador(es) e conceito(s), também não há que se falar em incidência de efeitos patrimoniais.

Ou seja, quando se busca a antecedência biológica pretende-se apenas isto, sem que o indivíduo tenha “[...] a *intentio* de estabelecer o parentesco legal ou de pleitear direitos sucessórios ou pensão alimentícia do genitor biológico.” (DINIZ, 2007, p. 510)

Logo, os deveres inerentes à criação e ao sustento condigno da criança concebida por intermédio da utilização de material genético doado será única e exclusivamente daqueles que projetaram o seu nascimento, ou seja, dos que aceitaram aludida doação e se utilizaram do recurso médico necessário para o alcance desta finalidade.

Isto porque, “As relações pessoais e patrimoniais que se estabelecem entre pais e filhos, independentemente da origem e do tipo de vínculo (ou sua ausência), são absolutamente iguais diante da normativa constitucional [...]” (GAMA, 2003, p. 930-931)

Então, a partir do momento em que o doador cedeu o seu material genético para utilização por outrem, se despiu de qualquer responsabilidade em relação ao ser gerado, entregando-a plenamente a quem manifestou a vontade em aceitá-lo e em arcar com todas as responsabilidades inerentes a tal ato.

## CONCLUSÃO

É inegável o avanço biotecnológico ocorrido nos últimos anos na área reprodutiva, uma vez que a concepção se tornou uma realidade àqueles que anteriormente estariam fadados a esterilidade.

Assim, da mesma forma que a ciência conseguiu impedir o processo reprodutivo, por meio da utilização de técnicas contraceptivas, também obteve êxito para reverter o processo de infertilidade que, até então, era um mal sem solução.

Deste modo, há atualmente um mundo de possibilidades para aqueles que sofrem do mal da infertilidade, com a utilização tanto de procedimentos mais simples, quanto mais complexos, nos quais também é possível o uso de material genético dos próprios envolvidos no processo ou de terceiros estranhos a ele.

Ademais, necessário destacar que a utilização dos métodos de procriação artificial é direito legalmente assegurado aquele que padece do sofrimento de não gerar vida naturalmente.

Tal garantia pode ser claramente visualizada pelo direito que todos têm em melhorar o seu estado de saúde, uma vez que a incapacidade procriativa é, certamente, um mal que repercute não apenas na saúde física do indivíduo, mas também na sua saúde mental e, porque não, social, pois a pessoa tem o estigma da infertilidade.

Há que mencionar, ainda, a proteção constitucional em torno da entidade familiar, bem como, o direito ao planejamento familiar que, sem sombra de dúvidas, legitimam a utilização das técnicas de reprodução assistida, na medida em que a decisão quanto a ter ou não filhos e o momento de tê-los é muito pessoal e somente diz respeito aqueles que estão envolvidos no processo de procriação artificial, não podendo ser objeto de reprimenda, justamente porque diz respeito à formação da sua família.

Anote-se, também, que o texto constitucional promove o incentivo e a liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico, o que, por certo, envolve o avanço científico na área reprodutiva e que tem a nobre função de permitir a formação de famílias que naturalmente não se formariam.

Aliás, a opção quanto à utilização das técnicas de reprodução assistida reside na esfera mais íntima da pessoa, que não pode sofrer qualquer ingerência

externa, de quem quer que seja, em razão de referir-se justamente a sua possibilidade em reverter um mal de saúde que lhe aflige.

Por tudo isto, pode-se afirmar que todo aquele que sofre com o problema da infertilidade tem direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

No entanto, oportuno registrar que mesmo após a ciência ter desenvolvido tais técnicas por um espaço razoável de tempo, ainda hoje elas são alvo de severas críticas que se visualizam, sobretudo, no campo da religião.

Isto porque, de um modo geral, as religiões não concordam com a utilização dos meios de procriação artificial, já que as pessoas que sofrem com a infertilidade teriam que se resignar com a sua condição.

Para agravar ainda mais a situação, há um completo abismo legislativo sobre o assunto, existindo apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 1.358/92), mas que se dirige tão somente a comunidade médica, não se apresentando com eficácia jurisdicional por ser ato meramente administrativo.

Diga-se mais que todos os projetos apresentados sobre o tema encontram-se em tramitação no Congresso Nacional, não tendo, então, aplicabilidade prática.

Desta forma, surge a bioética como maneira de solucionar o impacto que o avanço científico proporciona na vida das pessoas, apresentando-se como uma disciplina que serve como freio à tecnologia e ao mesmo tempo assegura o emprego eficiente da ciência, de modo que ela seja utilizada a serviço do bem comum.

Contudo, mesmo com toda esta preocupação, imperioso registrar que no campo da procriação artificial há um questionamento que necessita ainda de muita reflexão. Trata-se dos casos de reprodução assistida heteróloga, nos quais é utilizado material genético de pessoa estranha a que se socorre de aludido recurso médico para o alcance de uma gravidez.

A preocupação reside no fato de que a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece como regra o anonimato nas doações de material genético, o qual somente será quebrado por motivação excepcional e apenas para a classe médica.

Aludida regra tem sua razão de ser para preservar a família que irá se formar, bem como para resguardar a intimidade do doador, que pratica seu ato de forma altruísta.

Porém, nada obstante se respeite e se reconheça a intimidade e a privacidade como direitos da personalidade, também se tem conhecimento que o concebido por meio de doação anônima goza do benefício de ter acesso às suas origens, ou seja, não apenas de saber o modo pelo qual se originou, mas principalmente ter ciência e consciência da sua ancestralidade genética.

Neste passo, o direito ao conhecimento das origens ou o direito à identidade genética, que se insere numa concepção de identidade pessoal, também constitui direito da personalidade e como tal deve ser resguardado.

Tal ocorre, pois o que se tutela é a historicidade pessoal do indivíduo, as suas raízes biológicas, que farão com que o mesmo possa entender a sua própria razão de ser e de existir.

Destarte, se o direito à intimidade e o direito à identidade genética constituem-se em direitos da personalidade e, portanto, direitos fundamentais, há que se perguntar qual deles deve prevalecer quando analisados diante de um caso conflituoso.

De modo geral, o entendimento majoritário é no sentido da prevalência do direito à identidade genética em detrimento do anonimato do doador, em razão do interesse que se quer tutelar com o acesso das origens, o qual somente cederá por motivação puramente econômica do concebido.

Contudo, se o direito à identidade genética prevalece, outro questionamento deve ser respondido, ou seja, se o concebido para resguardar este direito teria acesso aos dados genéticos do doador ou à sua identidade.

Neste ponto, analisando-se a legislação estrangeira sobre o assunto, muito embora se reconheça o direito às origens, percebe-se que não há um consenso quanto a este aspecto.

Até mesmo a doutrina nacional permanece silente, havendo poucos doutrinadores que se aventuram sobre o tema discorrendo, em geral, que o acesso às origens estaria resguardado com a simples ciência sobre os dados genéticos do doador, tudo para se evitar qualquer declaração futura de parentesco entre este e o concebido.



Nada obstante, parece que tal posicionamento não assegura plenamente o acesso às origens, já que não revela toda a verdade ao concebido, posto que quando se pensa em conhecimento da ascendência biológica pressupõe-se, necessariamente, a ciência quanto à identidade civil do doador.

De todo modo, uma vez garantido o acesso às origens à pessoa que se originou das técnicas de reprodução assistida heteróloga, também se torna necessário o entendimento em torno da filiação, tudo para se compreender o processo de parentesco entre o usuário da procriação artificial e o concebido.

Neste sentido, há que considerar que desde a sua origem, a filiação consangüínea não se configurava na única forma de estabelecimento de vínculo paterno-materno-filial, já que ao seu lado também se colocavam outras maneiras de formação de aludido vínculo.

Sendo assim, ao lado da filiação biológica, há também a filiação jurídica e a afetiva. A primeira que se estabelece pelo vínculo genético que une pais e filhos; a segunda, decorrente de uma ficção jurídica e a terceira, fruto do companheirismo, do carinho, do cuidado e do amor que deve permear o exercício da paternidade e/ou maternidade.

E é justamente neste sentido, ou seja, no afeto incondicional entre pais e filhos, que a filiação originária das técnicas de reprodução assistida heteróloga se assenta.

Frise-se mais, que quando da determinação da filiação de um indivíduo, é possível a ocorrência de falhas ou omissões existentes no seu estado de filiação, o que somente será suprido por meio das chamadas ações de estado. Então, por intermédio destes mecanismos processuais pode-se eliminar a incerteza existente em torno do estado de filiação de uma pessoa, uma vez que aludidas ações apresentam a característica de serem ações declaratórias.

Ainda no que respeita à filiação, há que se destacar que a adoção guarda semelhança com os casos de reprodução assistida heteróloga, por conta do vínculo que une pais e filhos, o qual se estabelece de forma socioafetiva.

Neste passo, importante destacar que com a Lei nº 12.010/2009 foi possibilitado que o filho adotivo tenha acesso à sua origem biológica, consagrando-se, extreme de dúvidas, o exercício do direito à identidade genética.

Diante desta circunstância, analogicamente, dado o vazio legislativo, é possível aplicar a mesma regra agora consagrada à adoção para os casos de reprodução assistida heteróloga.

Ademais, impossibilitar o acesso às origens do concebido por procriação heteróloga é não apenas impedir o seu direito da personalidade, mas também o exercício do seu direito de ação, que é garantia constitucional.

Acrescente-se a isto, o fato de que a omissão legislativa não pode ser desculpa para impedir o acesso das origens, já que o próprio Código de Processo Civil, no seu artigo 126, enumera a solução que o Poder Judiciário deve dar para atender a ausência de lei, quando da resolução de um caso concreto.

Então, se o acesso às origens é uma realidade que deve ser satisfeita, há que se analisar por meio de que instrumento processual será possível atingir esta finalidade.

A doutrina tem discutido em torno da possibilidade de ajuizamento de duas ações, a Investigação de Paternidade e/ou Maternidade e o *Habeas Data*. Entretanto, nenhuma delas pode ser tida por hábil para resguardar o acesso das origens.

Isto porque, o objetivo da Investigação de Paternidade e/ou Maternidade é o de estabelecer o vínculo de filiação a quem não o tenha, o que não pode ser aplicado à reprodução assistida heteróloga, uma vez que o concebido por intermédio de doação possui o vínculo de filiação legalmente constituído. Ademais, também inexistente irregularidade apta a alterar esta situação.

Quanto ao *Habeas Data*, tem-se a sua inaptidão para o acesso às origens, tendo em vista que com este remédio constitucional o impetrante somente pode obter dados relativos à sua pessoa, o que exclui a possibilidade de conhecimento quanto à pessoa do doador. Acrescente-se a isto, o fato de não ser possível alcançar as clínicas privadas que utilizam os meios de procriação artificial.

Neste viés, é indispensável à existência de ação própria para que se viabilize o direito à identidade genética, mas, enquanto não houver regulamentação específica sobre o assunto, há que se adotar, por analogia, o artigo 48 da Lei nº 12.010/2009 aplicável à adoção.

Então, uma vez reconhecido o exercício do direito de ação ao que se originou por material genético doado, mister compreender o mecanismo processual em que o direito à identidade genética será assegurado.

Primeiramente, oportuno mencionar que a ação tendente ao conhecimento das origens é ação de estado, já que diz respeito às raízes biológicas do indivíduo, a qual, por sua vez, apresenta a característica de ser ação declaratória, visto objetivar tão-somente o esclarecimento quanto à sua historicidade genética.

Aliás, a pessoa pode exercitar o seu direito de ação a qualquer tempo, uma vez que ela busca proteger um direito da personalidade, que se apresenta como imprescritível, inato, vitalício.

Também necessário esclarecer que o juízo competente para conhecimento, processamento e julgamento de aludida ação é o da Vara de Família, haja vista que o que se pretende, grosso modo, é a ciência quanto à família genética do concebido por material doado.

Há ainda que se elucidar quanto às hipóteses em que se permite o ajuizamento de pretensão tendente ao conhecimento da identidade genética, a qual deve se operar não apenas para fins de esclarecimento quanto aos impedimentos matrimoniais e às doenças transmitidas geneticamente, mas também, por questões de cunho psicológico, uma vez que a historicidade é essencial para se compreender a razão de existir do concebido por reprodução assistida heteróloga, tal qual atualmente se permite ao adotado.

Já no que respeita à legitimidade, há que analisá-la ativa e passivamente. No pólo ativo, deve-se permitir apenas ao concebido a possibilidade de ajuizamento de ação para resguardar o acesso a suas origens, isto porque, como direito da personalidade, o conhecimento da identidade genética é direito personalíssimo. Por outro lado, tem legitimidade passiva a unidade de saúde que utilizou o método de procriação assistida heteróloga, por ser somente este órgão o que se apresenta com aptidão para fornecer a identidade do doador.

Assim, uma vez reconhecido o direito à identidade genética e assegurado o exercício do direito de ação àquele que tem interesse em ver assegurado o seu direito da personalidade, é inegável a incidência de efeitos decorrentes da prestação da tutela jurisdicional.

No âmbito dos efeitos pessoais, pode-se visualizar a incidência de três efeitos, quais sejam, a não-constituição de vínculos paterno-materno-filiais entre concebido e doador, a ocorrência de impedimentos matrimoniais e a possibilidade de adoção do concebido pelo doador.

Quanto ao primeiro efeito, ou seja, a não incidência de parentesco entre concebido e doador, tal tem sua razão de ser pois, muito embora se reconheça o vínculo sangüíneo que os une, inexistente qualquer outro liame entre os mesmos, já que o reconhecimento e o conhecimento das origens não implica, em hipótese alguma, na desconstituição do vínculo já formado entre os receptores do material genético e o conceito, o qual é perfeito e originado na paternidade e/ou maternidade socioafetiva. Ademais, não há qualquer dependência entre o exercício do direito à identidade genética e o reconhecimento da paternidade e/ou maternidade, já que com a ciência das origens se quer única e exclusivamente isto, ou seja, tão-somente o acesso às raízes biológicas.

No que respeita aos impedimentos matrimoniais, é certa a sua incidência na medida em que o que se pretende é evitar o casamento entre parentes, o que é possível quando o indivíduo não tem acesso à sua ascendência genética.

Já no atinente à possibilidade de adoção do concebido pelo doador, aludido efeito prende-se ao fato de que, nada obstante a consangüinidade, inexistente vínculo jurídico parental entre os mesmos, o que permite então a incidência deste efeito.

Anote-se, finalmente, que se não há configuração de parentesco entre doador e concebido, conseqüentemente, inexistente a ocorrência de qualquer efeito patrimonial, já que este apenas se opera entre os que se utilizaram do material genético do doador e a pessoa originária da técnica, posto serem estes os responsáveis pela concepção, pois foram os que manifestaram o desejo incontestado da paternidade e/ou maternidade.

Diante de tudo o que se analisou, muito embora inexista regulamentação legal sobre a procriação artificial e mais especificadamente sobre a reprodução assistida heteróloga, não se pode simplesmente negar a sua ocorrência, mesmo porque, diante da evolução científica é perfeitamente possível a sua existência.

Então, há que se pensar prontamente na elaboração de dispositivo legislativo que a contemple, mas principalmente que resguarde, extirpe de dúvidas, o interesse dos envolvidos no processo, quais sejam, o doador, os receptores e, sobretudo, o concebido.

Todavia, como se verificou, mesmo assim, não se pode restringir o acesso às origens biológicas do concebido, porque a própria Constituição Federal brasileira assegura o exercício do direito da personalidade, que é absoluto e oponível *erga omnes*.

Assim, basta que os operadores do direito estejam abertos e sejam conscientes de que é indispensável assegurar este direito, porque ele é básico para o entendimento da essência do indivíduo que se originou por reprodução assistida heteróloga.

## REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, R. **Tudo por um Bebê**. São Paulo: Globo, 1999.

AGUIAR, M. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, M. C. **DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARACHO, J. A. O. **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e direito**. Disponível em: [http://www.contijo-familia.adv.br/2008/artigo\\_pdf.^Jose Alfredo de Oliveira Baracho/Identidadegenetica.pdf](http://www.contijo-familia.adv.br/2008/artigo_pdf.^Jose%20Alfredo%20de%20Oliveira%20Baracho/Identidadegenetica.pdf). Acesso em: 14 de setembro de 2009.

BECKER, M. J. **Da Adoção**. In CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, C. A. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. rev. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOSCARO, M. A. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm). Acesso em 08 de março de 2009.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>. Acesso em 08 de março de 2009.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm). Acesso em 08 de março de 2009.

BRASIL. Lei nº 12.101, de 29 de julho de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-201/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-201/2009/Lei/L12010.htm). Acesso em 05 de agosto de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510-0. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Disponível em: [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf). Acesso em: 26 de março de 2008.

BRAUNER, M. C. **Novas Tecnologias Reprodutivas e Projeto Parental. Contribuição para o debate no Direito brasileiro.** Disponível em: [www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm](http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm). Acesso em: 1º de março de 2009.

BUENO, C. S. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAETANO, J. P. J.; MARINHO, R.; MORAES, L. M. **Infertilidade e Concepção Assistida:** um guia para o casal. Rio de Janeiro: Medsi, 2000.

CAMARGO, J. F. **Reprodução Humana Ética e Direito.** Campinas: Edicamp, 2003.

CAMBIAGHI, A. S. **Fertilização:** um ato de amor. 3. ed. São Paulo: La Vidapress, 2005.

CÂNDIDO, N. C. **Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga:** distinção entre filiação e origem genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1480, 21 jul. 2007.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>. Acesso em: 08 de março de 2009.

CHINELATO E ALMEIDA, S. J. A. **Exame de DNA, Filiação e Direitos da Personalidade**. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Instruções sobre o Respeito à Vida Humana Nascente e a Dignidade da Procriação**: Resposta a algumas questões atuais. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1987.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.358 de 19 de novembro de 1992**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm). Acesso em: 22 de maio de 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.931 de 24 de setembro de 2009**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm). Acesso em: 29 de setembro de 2009.

D'ASSUMPÇÃO, E. A. **Comportar-se Fazendo Bioética para Quem se Interessa pela Ética**. Petrópolis: Vozes, 1998.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONIZETTI, L. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DURAND, G. **A Bioética: natureza, princípios, objetivos**. Tradução: Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995.

ECHTERHOFF, G. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Biotecnologia. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007.



FACHIN, L. E. **Comentários ao Novo Código Civil. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Paternidade e ascendência genética.** In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, A. M.; CUNHA, K. C. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 08 de março de 2009.

GAMA, G. C. N. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HAMMERSCHMIDT, D. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade.** Curitiba: Juruá, 2008.

JORGE JUNIOR, A. G. **O Problema do Anonimato do Doador nas Fecundações Artificiais Humanas.** Revista IOB de Direito de Família nº 51. Porto Alegre: Síntese, Dez./Jan., 2009.

KRELL, O. J. G. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil.** Curitiba: Juruá, 2006.

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

LÔBO, P. L. N. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, nº. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 07 de dezembro de 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>. Acesso em: 16 de março de 2009.

LOPES, W. A. **Clonagem, Aspectos Espirituais da Reprodução Assistida, Congelamento de Embriões, Fecundação in Vitro e Utilização de Células-tronco: Uma análise sob a ótica da doutrina espírita.** Disponível em:

[http://www.rcespiritismo.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=11&Itemid=25](http://www.rcespiritismo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=11&Itemid=25). Acesso em: 31 de março de 2008.

MAIDANA, J. D. **O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética**. Revista Brasileira de Direito de Família nº 24. Porto Alegre: Síntese, Jun./Jul., 2004.

MEIRELLES, J. M. L. “**Com a cabeça nas nuvens, mas os pés no chão**”: discurso inicial sobre o biodireito e alguns dos instigantes questionamentos que constituem o seu objeto. *In* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). Biodireito em discussão. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, M. C. B. **O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA**: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA FILHO, J. R. **Direito à identidade genética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em: 13 de março de 2009a.

\_\_\_\_\_. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 25 de setembro de 2009b.

PACHI, C. E. **Da Adoção**. *In* CURY, Munir (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, C. M. S. **Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos**. Atualização: Lucia Maria Teixeira Ferreira. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA E SILVA, R. **Acertos e desacertos em torno da verdade biológica.** *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. P. **Problemas Atuais de Bioética.** 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005.

PETRACCO, A.; BADALOTTI, M. e ARENT, A. C. **Bioética e Reprodução Assistida.** *In* LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – Bioética e Biodireito.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PETTERLE, S. R. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RODRIGUES, S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais.** *In* CURY, Munir (Coord.). 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SÁ, M. F. F.; TEIXEIRA, A. C.B. **Filiação e Biotecnologia.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SEGRE, M.; SCHRAMM, F. R. Quem Tem Medo das Bio (Tecnologias) de Reprodução Assistida? *In*: SEGRE, M.; COHEN, C. (Org.). **Bioética.** 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

SERAFINI, P. et al. **O Bê a Bá da Infertilidade.** 2. ed. São Paulo: Serono, 2000.

SCHAEFER, F. **Bioética, biodireito e direitos humanos.** *In* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). *Biodireito em discussão.* Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, J. L. M. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentários.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, R. P. **Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6198>. Acesso em: 16 de julho de 2009.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

VELOSO, Z. **A sacralização do DNA na investigação de paternidade**. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIEIRA, T. R. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

\_\_\_\_\_. **Bioética. Temas Atuais e seus Aspectos Jurídicos**. Brasília: Consulex, 2006.

VILELA, A. A. L. **O Artigo 27 do ECA – Direito ao Estado de Filiação Versus Projeto de Lei nº 1.184/2003 – Filiação de Crianças Nascidas através de Reprodução Assistida e o Anonimato do Doador – Uma Leitura sob a Ótica do Princípio Constitucional da Dignidade**. Revista IOB de Direito de Família nº 46. Porto Alegre: Síntese, Fev./Mar., 2008.

WELTER, B. P. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2002.

## **ANEXOS**

### **ANEXO A**

#### **RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992**

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

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

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

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

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

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

#### **RESOLVE**

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

deontológico a ser seguido pelos médicos.

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

**São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.**

**IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ**

**Presidente**

**HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL**

**Secretário-Geral**

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

## **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

### **I - PRINCÍPIOS GERAIS**

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

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

**3** - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e

econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

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

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

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

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

## **II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA**

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

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

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

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo

controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

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

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

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

#### **IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES**

**1** - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

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

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

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

**5** - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um



doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

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

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

## **V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES**

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

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

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

## **VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES**

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

**1** - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não

poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

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

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

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

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

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

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

## ANEXO B

<b>Proposição</b>	<b>Autor</b>	<b>Origem</b>	<b>Ementa</b>
Projeto de Lei n.º 5624/05	Neucimar Fraga PL - ES	CD	Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 4889/05	Salvador Zimbaldi PTB - SP	CD	Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana.
Projeto de Lei n.º 4686/04	José Carlos Araújo PFL - BA	CD	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 de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.
Projeto de Lei n.º 4555/04	Henrique Fontana PT - RS	CD	Dispõe sobre a obrigatoriedade da Natureza Pública dos Bancos de Cordão Umbilical e Placentário e do Armazenamento de Embriões resultantes da Fertilização Assistida e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 2.061/03	Maninha PT - DF	CD	Disciplina o uso de técnicas de Reprodução

			Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 1.184/03	Senado Federal	CD	Dispõe sobre a Reprodução Assistida.
Projeto de Lei n.º 1.135/03	Dr. Pinotti PMDB – SP	CD	Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Definindo normas para realização de inseminação artificial, fertilização "in vitro", barriga de aluguel (gestação de substituição ou doação temporária do útero), e criopreservação de gametas e pré - embriões.
Projeto de Lei n.º 120/03	Roberto Pessoa PFL – CE	CD	Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. Permitindo à pessoa nascida de técnica de reprodução assistida saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos.
Projeto de Lei n.º 4.665/01	Lamartine Posella PMDB - SP	CD	Dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para os casais comprovadamente

			incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 2.655/01	Heloneida Studart	ALERJ	Autoriza o governo do Estado do Rio de Janeiro, através da secretaria de Estado de Saúde, a implantar clínica especializada em reprodução assistida e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 90/01 (SUBST.)	Lúcio Alcântara PSDB - CE	SF	Dispõe sobre a reprodução assistida.
Projeto de Lei n.º 90/99 (SUBST.)	Lúcio Alcântara PSDB - CE	SF	Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida
Projeto de Lei n.º 90/99	Lúcio Alcântara PSDB - CE	SF	Dispõe sobre a reprodução assistida.
Projeto de Lei n.º 2.855/97	Confúncio Moura PMDB - RO	CD	Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 3.638/93	Luiz Moreira PTB - BA	CD	Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)