



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAELA MACHADO BAZAN

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E
DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA
GENÉTICA**

Salvador
2012

RAFAELA MACHADO BAZAN

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E
DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA
GENÉTICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Ana Thereza Meirelles

Salvador
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAELA MACHADO BAZAN

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E
DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA
GENÉTICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2012

Aos

Meus pais, por todo amor, paciência, compreensão, estímulo e motivação ao longo da minha vida, percorrendo os caminhos acadêmicos em busca de um maior conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, a Nossa Senhora da Conceição e ao meu bom Santo Antônio, pelas graças e bênçãos concedidas, por iluminarem os meus caminhos, ser minha fortaleza, riqueza espiritual e em especial, pela linda família e os amigos que me concedeu.

Ao meu pai, minha grande admiração, amor e respeito, por ser minha base, meu exemplo, minha motivação ao longo desses anos, por suas lições de vida e por me ensinar a nunca desistir, pois as maiores conquistas são aquelas advindas pelos esforços e méritos de cada um.

A minha mãe, pelo brilhante papel que desempenha em minha vida: ser mãe! Pela sua generosidade, amor, compreensão e abdicção de tantos feriados e finais de semana sem sair, apenas para fazer companhia a mim, enquanto eu estudava e mesmo no silêncio que pairava, sabia que tinha ali uma pessoa que sempre iria me apoiar, ajudar e vibrar por mais uma conquista.

A vocês meus pais, o meu muito obrigado por todo o amor e bem querer, aliado aos ensinamentos, valores, princípios e educação, que transmitiram para mim e que fizeram ser essa pessoa que sou hoje. Além disto, a colaboração e motivação para eu trilhar mais um caminho acadêmico, que por tantas vezes, pensei em desistir, mas vocês sempre me impulsionando a seguir em frente, vislumbrando um caminho de vitórias e sucesso. Humildemente, mais uma vez, toda a minha veneração e admiração. Amo vocês!

A minha avó Risoleta, que mesmo não estando no plano físico, é o meu anjo da guarda e sei que de onde estiver está vibrando e torcendo pela minha felicidade.

A minha orientadora, Ana Thereza Meirelles, por toda a paciência, atenção e encorajamento ao longo desses quase dois anos de orientação na Faculdade Baiana de Direito. Também aos professores e mestres que tive o prazer em ser aluna durante esta trajetória acadêmica, que me passaram os seus conhecimentos jurídicos, imprescindíveis para a minha formação intelectual. A vocês, a minha estima.

Aos meus amigos, desculpa pelas faltas consentidas, por minha omissão em determinadas datas, mas obrigada pelo incentivo, compreensão e carinho, para com o término deste trabalho.

RESUMO

Esta pesquisa aborda a técnica de reprodução humana assistida heteróloga entre vivos e a questão do conhecimento da ascendência genética dos seres advindos por meio destes métodos de procriação artificial. A análise dar-se-á exatamente da questão se há ou não o direito ao conhecimento da origem biológica, em face ao direito ao anonimato do doador de material genético. Deste modo, o presente trabalho irá avaliar a polêmica dualidade que abarca a fecundação heteróloga: por um lado, o direito a preservação da identidade do doador de gametas, e por outro lado, o direito à origem genética à luz da principiologia constitucional. Posto isso, no panorama da Reprodução Humana Assistida Heteróloga, ou seja, procedimento que envolve a doação de gametas de terceiro anônimo e estranho ao casal, surge como efeito, um conflito entre direitos fundamentais, todos sucedidos do inviolável princípio da dignidade da pessoa humana. Igualmente, será ponderado o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético, ambos vertentes de dois direitos fundamentais: o direito à identidade e o direito à intimidade, respectivamente, os quais no caso de reprodução humana assistida heteróloga entram em aparente colisão de interesses, tendo que ser levado em consideração todas as peculiaridades do caso concreto. Por conseguinte, se realmente for constatado na situação em concreto que há o direito ao conhecimento da origem genética, sendo este um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível; em que circunstâncias se dará e de que modo, sempre atentando e respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também, o do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: ascendência genética, filiação socioafetiva; doador de material genético; anonimato do doador; reprodução humana assistida; dignidade da pessoa humana.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HD	<i>Habeas Data</i>
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	14
2.1. FILIAÇÃO BIOLÓGICA X NÃO-BIOLÓGICA.....	15
2.2. MÉTODO HOMÓLOGO	16
2.3. MÉTODO HETERÓLOGO E QUESTÕES JURÍDICAS DECORRENTES.....	17
2.3.1 A Reprodução Assistida como Liberdade Constitucional.....	19
2.3.2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	20
2.3.3 O direito à reprodução assistida como uma das faces do direito ao planejamento familiar	23
2.3.4 O uso dos métodos de reprodução humana assistida para constituição de famílias monoparentais	24
2.4. A RESOLUÇÃO Nº 1957/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	25
3 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA	29
3.1 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL COMO DIREITO DE PERSONALIDADE	30
3.1.1 Estado de filiação X Origem biológica	32
3.1.2 O conhecimento da origem genética como exercício do direito de personalidade.....	33
3.2 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO GARANTIDOR AO DIREITO À VIDA	34
3.3. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA COMO GARANTIDOR A POSSÍVEIS IMPEDIMENTOS AO CASAMENTO.....	36
3.4. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	36
3.4.1 Princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade	37
3.4.2 Direito a intimidade do doador X Direito da personalidade	40
3.4.2.1. Dignidade da pessoa humana do investigador X Dignidade da pessoa humana do investigado.....	40
3.4.3 Princípio do melhor interesse da criança.....	43
3.5 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA NO CASO DE ADOÇÃO	44
3.6 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR	46
3.6.1 O Anonimato na reprodução humana assistida	47
3.6.1.1 O direito a intimidade do doador de material genético.....	49
3.7 POSSIBILIDADES DE QUEBRA DO ANONIMATO	51
4 A AÇÃO DE CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA	53
4.1 CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E A PATERNIDADE	54
4.2 EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO CONHECIMENTO DA ASCENDENCIA GENÉTICA	55
4.3 OUTRAS VISÕES SOBRE QUAL AÇÃO CABÍVEL PARA O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.....	57
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em abordar e analisar a Reprodução Humana Assistida Heteróloga, sobre o viés das procriações artificiais entre vivos, bem como trazendo a questão do direito ao conhecimento da ascendência genética nestas situações. A Bioética, por sua vez, é a área específica sobre o tema, todavia, abrange também o Direito Constitucional, afinal, não tendo na atualidade ainda lei específica sobre o assunto em tela, juntamente com a Constituição Federal, estes, configuram-se os pilares que lastreiam toda sistemática envolvida nesta questão.

Ante o exposto, vale ressaltar que as transformações sociais, científicas e tecnológicas causaram grande impacto na sociedade deste último século, refletindo na família brasileira que passou por uma série de transformações, e que atualmente, conjuntamente com os avanços da bioengenharia genética, é cada vez maior o número de crianças concebidas através das técnicas de reprodução humana assistida.

Esta é a opção para a realização do sonho daqueles que não puderam ter filhos, que são inférteis ou, tem companheiras inférteis, ou até mesmo para aqueles que querem constituir uma família monoparental e que nos dias atuais isso é possível graças às técnicas de reprodução humana assistida.

Neste sentido, mais especificamente, este estudo científico tem como direcionamento analisar, ponderar e avaliar a reprodução humana assistida heteróloga e os seus desdobramentos, bem como, observar se existe um direito ao conhecimento da ascendência genética e em que hipóteses, mas não sem antes destacar e considerar o direito ao anonimato do doador de material genético nas situações tão somente referentes a pessoas vivas, não tendo como intuito nenhum abordar como faceta deste tema a reprodução humana assistida *post mortem*.

Apesar das inúmeras mudanças, depreende-se deste cenário que o dispositivo legal brasileiro ainda é omissivo no que toca a seara da reprodução humana assistida. Isto é expresso, no que concerne ao tema referente à inseminação artificial heteróloga, especialmente no que diz respeito ao aspecto que aborda o respeito, a preservação da identidade do doador de material genético em contrapartida com o possível direito que tem a criança, adolescente ou adulto em ter

conhecimento sobre a sua ascendência genética, ressalvado o princípio da dignidade humana e o princípio do melhor interesse da criança.

As premissas fundamentais para a concretização do que pretende o objetivo geral do estudo, ou seja, de maneira a que se permita alcançá-lo, será direcionado a partir dos objetivos específicos, sendo esses: a) explicar o que é a reprodução humana assistida, quais os métodos existentes e delinear a técnica heteróloga; b) compreender o uso destes métodos como direitos reprodutivos, como instrumento de viabilização para a efetivação de famílias monoparentais, e também como aspecto ao planejamento familiar; c) considerar a resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, como um norteador legal ético para o disciplinamento da reprodução humana assistida; d) esclarecer o direito ao conhecimento da ascendência genética, como um direito a identidade pessoal; e) elucidar o direito ao anonimato do doador de material genético nos casos de reprodução humana assistida heteróloga; f) demonstrar a diferença entre o conhecimento da origem genética e a paternidade, com o objetivo de clarear dois institutos opostos, quais sejam, ação de investigação de paternidade e o conhecimento da ascendência genética; g) ponderar a existência do direito ou não ao conhecimento da origem genética e em que hipóteses e de qual modo se dará.

Todavia, algumas notas introdutórias devem ser esclarecidas antes que seja apresentada a estrutura que se compõe o trabalho, para que sejam explicados alguns recortes feitos pela autora.

Inicialmente, em razão do corte epistemológico, a temática será abordada dentro da conjuntura brasileira, não sendo realizadas considerações acerca do histórico da reprodução humana assistida, haja vista, ser um tema recente no Brasil e o que se pretende com este trabalho científico é uma análise conforme o que se tem de disposição legal, pois, não há nenhuma lei em abstrato para regular esta matéria.

Posteriormente, infere-se ainda, que a reprodução humana assistida heteróloga só será analisada no campo específico de procriações artificiais entre vivos, não tendo nenhuma pretensão em tratar de questões relativas à reprodução humana assistida *post mortem*, como também, barriga de aluguel, ou direitos sucessórios dos seres gerados por estas técnicas.

Posto estas exposições, necessário se faz uma breve explicação quanto à estrutura deste trabalho que se compõe pela subdivisão de três capítulos, além desta “Introdução”, utilizando como metodologia a pesquisa bibliográfica para o fundamento deste estudo.

No Capítulo 2, tem-se um esclarecimento detalhado sobre o que é esta técnica de reprodução humana assistida e quais são os métodos atuais que se tem para a sua execução, que são os procedimentos: homólogo e heterólogo, sendo este último, o cerne do presente estudo, por se tratar da utilização de material genético de terceiro e envolver o doador do material genético.

Por conseguinte, buscou-se distinguir para fins metodológicos a filiação biológica e não biológica. Ademais, foi trazido o princípio da dignidade da pessoa humana, como lastro jurídico-constitucional para este tema, como também, como suporte ético, restou presente a resolução do Conselho Federal de Medicina nº1957/2010.

No capítulo 3 são observados o teor deste estudo; Direito ao Conhecimento da Origem Genética e o Anonimato do Doador de material genético. A partir disto, são traçadas algumas definições como o direito ao conhecimento da ascendência genética como sendo um direito a identidade pessoal, tendo como espécie o direito da personalidade do ser gerado por meio destas técnicas.

Além disso, delimitou-se a importância ao conhecimento da origem genética, com efeito, trouxe questões referentes à prevenção de doenças do indivíduo, como também para evitar relações incestuosas. Mais adiante, foi tratado dos princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade para a ponderação dos direitos fundamentais em tela, como também, foi trazido como princípio fundamental para o estudo, o princípio do melhor interesse da criança.

Igualmente, foi abordado o conhecimento da origem genética nos casos de adoção. Conjuntamente, ainda neste capítulo, foi elucidado o direito ao anonimato do doador de material genético nos casos de reprodução humana assistida heteróloga, mais especificamente, o direito a intimidade deste doador e também, foi examinado se existe lei, ou disposição constitucional que tenha previsão para a quebra do anonimato e em que hipóteses isso se dará.

No capítulo 4 é arguida a ação ao conhecimento da origem genética, a qual se diferencia do instituto da paternidade, primeiro por pertencer ao direito de personalidade e segundo porque está na seara de filiação. Deste modo, tem-se a distinção entre a ação de investigação da paternidade e, a ação do conhecimento da origem genética. Ao lado disso, é visto em decorrência de um suposto conhecimento da ascendência genética, os efeitos decorrentes dela, quer sejam pessoais e patrimoniais.

Ao término do trabalho, então, são ilustradas breves considerações alcançadas ao longo da exposição do tema nos capítulos referidos acima.

2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Haja vista a necessidade advinda das mudanças sociais, conjunturais e políticas de regularizar a filiação não biológica, o legislador apontou duas situações: a primeira foi o caso de adoção regular em face de ambos os pais ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho. A segunda hipótese foi no caso de reprodução humana assistida, em face do pai que deu sua autorização para este tipo de procedimento.

Constata-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 deu nova aparência à família e as novas concepções dali advindas com os novos métodos de reprodução humana assistida, produto da conquista e desenvolvimento na área da Biomedicina.

Assim, juntamente com a paternidade jurídica e biológica, foi aliado a outra espécie, a paternidade socioafetiva, trazida da nova conjuntura que inclui a adoção e as técnicas de reprodução humana assistida, pois pai não é apenas aquele ligado por um vínculo consanguíneo, mas também, aquele que cria, educa, ligados pelos laços de afetividade, carinho e amor.

Salienta assim, Cristiano Chaves e Rosenvald (2008, p. 517):

A filiação sócio-afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio – afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão dupla como pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens.

A posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai (BOEIRA, 1999).

Ressalta-se, portanto que da nova Constituição Federal, decorreu entre outros, dois assuntos importantes para o presente trabalho: o estado de filiação biológico e não biológico; e o direito da personalidade à origem genética. É nesta concatenação de fatos que será detalhado a seguir o atual estudo.

2.1. FILIAÇÃO BIOLÓGICA X NÃO-BIOLÓGICA

Lastreados na idéia de família trazidas pelos novos dispositivos legais, nas mudanças sociais e nos princípios de responsabilidade dos pais quanto aos filhos compreende-se atualmente o instituto da filiação como algo decorrente das relações afetivas entre pais e filhos. É o que infere Eduardo de Oliveira Leite (2004, p.77):

O novo Código Civil realiza aquilo que chamamos de "a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo de filiação". O que o novo Código Civil resgata, sem vacilações, é que a filiação pode decorrer de fontes plúrimas e não mais, exclusivamente biológica, como preconizava a proposta codificada de 1916. Agora, a filiação pode decorrer dos meros laços sanguíneos (parentesco natural), da mera adoção, ou eleição (parentesco civil), como da pura afeição (parentesco resultante das procriações artificiais).

Assim sendo, este instituto pode ou não se confundir com a origem genética do indivíduo, o mais importante é o bem estar do indivíduo no âmbito familiar seja sua família consanguínea ou aquela ligada pelos laços socioafetivos.

Deste modo, em se tratando de reprodução humana assistida heteróloga, é impetuoso distinguir, nesta seara a diferença entre filiação biológica e não-biológica.

A filiação biológica ou natural é baseada nos laços consanguíneos dos pais, em sua carga genética que é transferido ao filho, através da conjunção carnal. E essa presunção de paternidade pode ser comprovada através do exame de DNA. (DONIZETTI, 2007).

Já a filiação não-biológica advém das relações formadas entre pais e filhos, cuja base é a verdadeira convivência, a afetividade e não a consangüinidade. São hipóteses dessa filiação regulamentadas em nossa lei: a adoção e os métodos de reprodução humana assistida. (DONIZETTI, 2007).

Nesta seara, analisa Maria Cristina Almeida (2005, p.160):

O novo posicionamento acerca da verdadeira paternidade não despreza o liame biológico da relação paterno-filial, mas dá notícia do incremento da paternidade sócio-afetiva, da qual surge um novo personagem ao desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto, aquele que constrói uma relação com o filho, seja biológica ou não, moldada pelo amor, dedicação e carinho constante.

A reprodução humana assistida foi a solução encontrada por casais estéreis ou por mulheres que descuidaram do relógio biológico por questões

profissionais ou pessoais e que anseiam em ter um filho, e como também, por questões de saúde não podem e, por causa disso, procuram técnicas para alcançar seu objetivo.

Neste ponto, infere Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.32):

[...] não há egoísmo nenhum em querer ter seu próprio filho. Além disso, o ato de amor, apontado por alguns psicanalistas quanto à adoção, ocorre igualmente – e, talvez, até em dose maior – nas inseminações artificiais, onde o casal renuncia integralmente sua privacidade no ato de procriação e aceita a participação de um terceiro estranho.

Assim, a Reprodução Humana Assistida é o conjunto de operações que tem como finalidade unir de forma artificial, os gametas femininos e masculinos, dando origem a um ser humano. Deste modo as principais técnicas de reprodução humana assistida são: a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*.

Nas palavras de Magda Guadalupe dos Santos (2001, p.248-249):

Em tempos mesmo de pós-modernidade dá-se, inclusive, a possibilidade de reprodução *in vitro* de um almejado filho, ampliando, de forma significativa, os parâmetros jurídico-culturais da relação entre pais e filhos [...] Ungido pela dimensão do tempo, o direito assenta-se, pois, no estatuto simbólico da afeição, reconhecendo como pai aquele que uma durante uma vida soube proteger e zelar pelo filho, ensejando-lhe o acesso à sociabilidade, com ele repartindo seus projetos, construindo seu olhar sobre o mundo, dando-lhe seu nome e seu apreço. Reconhece-se àquele que registra, educa, ama e protege uma criança o direito de ser nomeado Pai de seu filho.

Deste modo, as técnicas de reprodução humana assistida aparecem como instrumento legítimo de satisfazer o desejo efetivo de procriar em benefício de pessoas estéreis, sendo que estas podem usar estes métodos adequadamente de acordo com o problema.

Aludindo a esta seara, como procedimentos da Reprodução Humana Assistida, têm-se as chamadas técnicas homólogas e heterólogas.

2.2. MÉTODO HOMÓLOGO

Da técnica homólogo, vislumbra-se neste rol a chamada inseminação artificial homóloga, que é um processo no qual se extrai o material genético do homem, sendo que este esperma é o da pessoa que possui algum vínculo de relação afetiva, seja ele matrimonial, ou união estável com a mulher que irá ser inseminada; após este recolhimento, o esperma será congelado para em seguida ser

implantado no útero da mulher, segundo o que disciplina a Enciclopédia Jurídica Soibelman (1998, p.180).

Aliado a este tipo de procedimento, inclui-se também, a fecundação *in vitro* homóloga, que segundo Leila Donizetti (2007, p.95) é aquela que é colhido o óvulo e o espermatozóide do casal ligado por uma relação afetiva, seja ele um matrimônio ou uma união estável e que após ser recolhido este material, a junção das duas células é feita no tubo de ensaio e só após saber se houve realmente a fecundação é que será implantado o embrião no útero da mulher. Esta modalidade de fecundação assistida, em que se usa o material genético do casal, está regulamentada no Código Civil, em seu artigo 1597, III.

Deste modo, haverá a coincidência entre a filiação biológica e a filiação jurídica, nas situações em que se constitui o vínculo socioafetivo, razão pela qual este método de procriação artificial não desencadeia maiores discussões.

2.3. MÉTODO HETERÓLOGO E QUESTÕES JURÍDICAS DECORRENTES

Já no método heterólogo, tem-se nessas conjecturas a inseminação artificial heteróloga, que segundo Leila Donizetti (2007, p.4):

o recolhimento do material genético do homem é de um doador, ou seja, pessoa estranha à relação afetiva do casal, um terceiro que procurou este procedimento, o qual é pressuposto para essa técnica que a identidade desse doador seja mantida em segredo e o processo só poderá ser feito com a autorização do marido ou companheiro. Assim, recolhido o material genético desse doador, ele será congelado para posteriormente ser implantado na mulher.

Esta hipótese esta legitimada no Código Civil, no artigo 1597, V e neste caso, a filiação está pautada na verdade afetiva, no anseio de ser pai e não na verdade biológica, ou seja, nos laços sanguíneos.

Este dispositivo atribui a paternidade ao marido dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que aquele tenha expressamente autorizado previamente, como bem aduz Fabrício Zamprogna Matiello (2005, p.1042):

Assim, autorizando a realização da inseminação artificial heteróloga na mulher com quem está casado, o marido chama para si a paternidade do filho resultante, fazendo com que incida a presunção estabelecida. Embora não se trate de paternidade efetiva sob o prisma genético juridicamente considera-se a existência de laço idêntico ao produzido pela geração natural havida no casamento com a participação dos cônjuges.

Também existe como outro tipo de procedimento heterólogo, a fecundação *in vitro* heteróloga, na qual o material genético será de um doador, que a junção das células será feita em um tubo de ensaio e certificado, só após certificado a sua fecundação, será implantado o embrião no útero feminino. Vale salientar que neste caso, o material genético doado, pode ser tanto o feminino quanto o masculino, ou apenas só o óvulo ou, só os espermatozoides. Esta hipótese de fecundação também precisa da anuência do casal e a filiação será decorrente dos laços socioafetivos e não de sangue.

Neste cenário, a manipulação dos genes, em relação à reprodução humana assistida heteróloga, toca em questões relativas à identidade da espécie, gerando conflitos de cunho ético e jurídico, necessitando de uma regulamentação para esses impasses observando cada caso concreto.

Vale ressaltar que como bem aduz Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.61):

As verdades biológica e afetiva, no tocante à filiação, ainda, coexistem no mundo jurídico, sem que até a presente data, se possa saber qual delas deverá ser privilegiada; todavia, não podemos olvidar o fato de que na atual conjuntura social, os vínculos de filiação advêm da autonomia da vontade, criando direitos e obrigações para todos os partícipes.

Neste prisma, a autonomia da vontade nas relações de procriação e filiação não pode ser limitada, pois é um direito inerente a qualquer pessoa de constituir uma família, de ser mãe ou pai, e se a mulher ou o homem são impedidos por questões de saúde, nada obsta procurar as técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, para resolver este impasse, porém, desde que seja observado o princípio da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, como impõe a Constituição Federal em seu artigo 226, &7°.

Ademais, vale reiterar que o CC no art. 1597 incisos III e V, estabelecem respectivamente: presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Sendo assim, o dispositivo legal já traz a previsão sobre os efeitos do procedimento, quer seja, o reconhecimento da filiação pelos filhos advindos pelas técnicas de procriação artificial, o que implica no arremate de sua recepção pela legislação vigente.

2.3.1 A Reprodução Assistida como Liberdade Constitucional

Nesta linha de pensamento, dos filhos concebidos através das técnicas de reprodução humana heteróloga, é salutar dizer que não somente as pessoas devem respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também aos princípios da intimidade do doador e também ao da identidade genética, sendo estes princípios ponderados à luz da situação fática.

É, portanto, de comum entendimento, por se tratar de dar seguimento e perpetuação à espécie que as pessoas têm o direito de ter um filho, mesmo que não possam por questões de saúde e deste modo, se socorrem pela procriação assistida como um exercício de uma liberdade constitucional e natural de dar continuidade a espécie humana, porém, sempre nos limites legais, sendo impetuoso que o Estado, segundo Mônica de Aguiar (2005, p. 89):

Não pode quedar indiferente diante dessa nova realidade, especialmente porque são abrangidos vários aspectos pertinentes ao contexto em que figuram as técnicas reprodutivas encetadas pela medicina, ao envolver questões sobre: saúde, demografia, estatuto jurídico dos não nascidos, relações familiares e sexismo, em razão da possibilidade de escolha do sexo da criança por nascer.

Além disso, não apenas a mulher casada pode se beneficiar das técnicas de reprodução humana assistida, mas também a mulher solteira pode se utilizar das técnicas de inseminação artificial heteróloga, afirmando e demonstrando desta maneira, a liberdade constitucional desse método. Defende, pois, Lopes (2000, p.587):

Parece-nos extremamente algoz um código de ética que sacrifique o desejo de uma mulher vir a ser mãe somente porque a mesma não conseguiu lograr um matrimônio. [...] A resolução do CFM que normatiza os procedimentos em reprodução assistida menciona que “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”. Mais ainda, “estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro”. Assim sendo, fica patente que entende o colegiado elaborador das citadas normas, que pode a mulher solteira fazer uso de uma técnica de inseminação artificial para satisfazer o seu desejo de ser mãe.

É pertinente, porém, adentrar que a existência de um direito a procriação artificial de fato, não é tão pacífica assim, haja vista, não existir dispositivo legal que regule e tutele esta temática, embora a questão já faça parte da

conjuntura atual e suas consequências necessitem ser tuteladas para que não haja distorções e mau uso destes métodos.

Destarte, é válido pontuar que mesmo estando diante do Estado Democrático de Direitos e o ato de decidir ou não ter uma criança por meio das técnicas de reprodução humana assistida ser um ato de liberdade, as consequências dali advindas que gerarem influência no campo jurídico devem ser tuteladas pelo Estado, legitimadas pelas leis vigentes a época.

2.3.2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

E é neste contexto que as relações advindas da reprodução humana assistida heteróloga devem ser norteadas essencialmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois a Constituição Federal elegeu este princípio como fundamento da República Federativa do Brasil, impondo como consequência, que as relações humanas sejam estabelecidas a luz desse princípio. (DONIZZETTI, 2007).

Ademais, estando na seara da Biomedicina e em se tratando de procedimentos novos que ainda não tem entendimento pacífico na lei vigente, é impetuoso ter princípios que possam lastrear essa nova relação e as consequências delas.

Neste contexto, infere Maria Helena Diniz (2002, p.523):

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto, entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o art. 4º da lei de Introdução ao Código Civil, freando assim, a atividade jurisdicional que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana.

Haja vista essas dificuldades que a legislação Civil vem enfrentando, principalmente no Direito de Família em adequar a Bioética e, decorrente dela, a reprodução assistida, expõe Balan (2006, p.3):

Diante do exposto, conclui-se que a exploração dos temas referentes à reprodução medicamente assistida, em especial à reprodução heteróloga, é relevante pela sua atualidade, uma vez que atinge diretamente a vida da sociedade, onde se busca substituir as dificuldades dos legisladores e aplicadores da lei, diante da inexistência de previsão legal ou inadequação

desta, pela busca de um sistema de normas que assegure a realização total das potencialidades humanas e da manutenção de sua dignidade.

E é neste viés, que pode ser inferido este princípio para todos os participantes na relação da reprodução humana heteróloga, aonde se têm o doador de sêmem que é credor de um direito a sua intimidade, baseado pelo princípio da dignidade; como também temos o pai socioafetivo, que tem como seu, aquele filho gerado pelos métodos de procriação artificial heteróloga e como consequência tem o direito de ser o pai daquela criança concebida. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, a criança concebida e protegida por esse princípio, tem o direito de conhecer a sua identidade genética, pois esta é parte da sua identidade pessoal, motor fundante do ser humano.

Igualmente, Leila Donizetti (2007, p.58) aduz com primazia que:

A posição de realce dada à dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal leva à compreensão de que o pilar do Estado Democrático de Direito é o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, tanto nas relações travadas com o Estado, quanto nas relações particulares, cujo lume deve ser o respeito que cada um merece ter de seu semelhante.

Dispõe ainda, quanto à proteção deste direito, a Lei 8069 de 13 de Julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde em seu artigo 3º também descreve que a criança e o adolescente são detentores dos direitos fundamentais para a dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, a idéia de dignidade da pessoa humana está intimamente atrelada aos direitos da personalidade, cuja vinculação se funda nos valores necessários ao desenvolvimento do indivíduo, como um ser fundante e complexo que precisa para evoluir o equilíbrio entre seu lado psíquico, físico e moral.

Assim, salienta Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2011, p.48):

A base de toda a bioética é a garantida constitucional da dignidade humana. E, por conseguinte, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer legislação que venha a surgir sobre a reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional, que não pode tratar a pessoa como meio para lucrar financeiramente ou para obter resultados em uma pesquisa científica, por exemplo, utilizando-a como cobaia, mas sim, tratá-la com qualidade e respeito.

A regulamentação da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, confirma a obrigação da perpetuação ao respeito e proteção da integridade física e emocional da pessoa. A identidade pessoal do indivíduo, levando

em conta o seu patrimônio genético, é absoluta, mas também relativa, por considerar a sua herança histórica e social, por isso é que este princípio reforça a conservação e preservação do respeito a todas as pessoas, como indivíduos singulares e irrepetidos.

A dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido as constituições, confirmando a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado, assim, não se trata unicamente de unidade de sistema e sim de unidade de pessoa. (MIRANDA, 2000)

Conclui-se, portanto, com relação a tal princípio, segundo Maria Cláudia Crespo Brauner (2003, p.94):

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda a criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e com pessoas que as queiram. O afeto é necessário para alimentar o espírito e o alimento para manter a saúde física. A criança deverá ter direito a convivência familiar saudável, e seu bem-estar deve ser assegurado acima de qualquer outro interesse, mesmo em conflito com os interesses de seus pais, sejam eles biológicos ou afetivos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em nosso ordenamento é basilar e direciona todo o ordenamento jurídico, deste posicionamento Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.82-83,85) destaca:

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 [...] Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, será desumano, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Ainda há que destacar que o direito fundamental a identidade genética não está expresso na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser concluídos, ao menos de forma subentendida, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo particular, lastreado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na conjuntura de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

2.3.3 O direito à reprodução assistida como uma das faces do direito ao planejamento familiar

Nesta seara, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo Artigo 226, &7º infere:

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.

Assim sendo, a própria Constituição Federal não faz nenhuma menção como consequência, não traz nenhum impedimento quanto à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em face da procriação natural. Deste modo, constitui um direito do casal decidir em ter ou não um filho sem que haja qualquer interferência do Estado e a isto é chamado de planejamento familiar.

O dispositivo legal mencionado não faz distinção e nenhuma menção sobre a forma de procriação e sim, deixa bem claro a proteção do Estado para com a família em todas as suas formas, pois o direito de constituir uma família inclui o direito de procriar, tanto pelo meio natural de reprodução e também como pelos métodos de reprodução humana assistida heteróloga.

A lei 9.263 de 1996 que trata sobre o planejamento familiar, fala em seu artigo 2º: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Assim, sendo, ele confirmou os direitos iguais em relação à fecundidade de acordo com a constituição e se a própria constituição não diferenciou os métodos de concepção, em outras palavras não restringiu as técnicas de procriação artificial.

Nesta seara, a lei 9.263/96, em seu artigo 9º, trata: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitas de concepção e contracepção que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

Este artigo reafirmou que serão permitidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção, e aqui se inclui as técnicas de reprodução humana

assistida heteróloga, como uma garantia à liberdade de escolha, bem como um exercício do direito ao planejamento familiar.

2.3.4 O uso dos métodos de reprodução humana assistida para constituição de famílias monoparentais

A Constituição Federal de 1988 resguarda as famílias monoparentais em seu artigo 226, &4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Deste modo, a carta magna protegeu de forma explícita as famílias monoparentais como também não trouxe nenhuma distinção de qualquer tipo e gênero de família, podendo esta se formar por vontade unilateral, como também nos casos de falecimento, separação, divórcio, dissensões afetivas, fatores de ordem econômica, mães solteiras, relações concubinárias. (CORREIA FERRAZ, 2011)

Eduardo Leite (1995, p.354) diz que:

[...] Ademais, a constituição brasileira silenciou quanto ao direito a se ter filhos. Mas garantiu a inviolabilidade do direito à vida (art.5º) elegendo como dever do estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, colocando-o a salvo de qualquer forma de discriminação (art.227). O direito à convivência familiar, certamente, não ocorrerá junto a uma mulher solteira, nem tampouco, junto a casais homossexuais (...) constituindo-se o desenvolvimento científico da procriação medicamente assistida unicamente como forma de resolver um projeto parental e nunca um projeto impessoal.

Deste modo, Eduardo Leite defende que a constituição das famílias monoparentais adveio por força das circunstâncias, como forma de resolver um problema parental e não por ato egoísta, impessoal, de ser originariamente monoparental, isto posto que atualmente, fazer a opção de ser solteiro é cada vez mais normal, por razões profissionais e também pessoais.

Neste viés, aborda a psiquiatra Maria Helena Machado (2006, p.123):

[...] Mas, mesmo que se reconheça o direito de homens e mulheres solteiros de recorrerem a inseminação ou fecundação artificial, em primeiro lugar, é necessário que se reconheça o direito do filho de ter um pai e uma mãe. Por essa razão, faz-se necessário exigir como postura ética que a criança concebida através de meios artificiais, tenha a segurança do biparentesco, para que possa desenvolver-se plenamente.

É notório de que há o entendimento que o filho gerado pelos meios de reprodução humana biotecnológica não poderá sofrer discriminação em detrimento daqueles que foram gerados pelo meio natural de reprodução, como também não

será tolerada a discriminação referente às famílias monoparentais já resguardadas pela Constituição Federal, de modo que não se pode considerar que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga para a formação da família monoparental, de antemão, não atenda ao interesse da criança.

Vale salientar que existem dispositivos legais que embasam a família monoparental, que é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente ao permitir a adoção unilateral, imprime também uma permissão para que as pessoas solteiras se utilizem das técnicas de procriação artificial para constituir assim uma família.

Também, pois, tem-se o Código Civil em seu artigo 1.597, inciso III dispõe: “Presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Este dispositivo autoriza a fecundação artificial homóloga *post mortem*, ou seja, quando da concepção o marido estiver morto, a mulher irá formar por ato de vontade própria, uma família monoparental, através das técnicas de inseminação artificial, utilizando-se o sêmen do de cujus, se este já tinha expressado sua anuência neste sentido, imprimindo deste modo uma proteção jurídica a esta espécie de família.

2.4. A RESOLUÇÃO nº 1957/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Referente à reprodução humana assistida, o único disposto legal que se tem é a Resolução 1957 DE 2010 do Conselho Federal de Medicina, que aborda a conduta dos médicos, introduzindo as Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Com relação a esta norma, vale salientar que ela tem condão meramente ético, por não possuir força de lei e por isso é que se faz urgentemente necessário a regulamentação jurídica deste tema. Assim, como se refere a disposto ético, o médico ao violar a norma pode ser penitenciado apenas administrativamente referente à infração cometida pelo órgão de classe, mas nunca penalmente, haja vista a falta de previsão para estes tipos penais.

Segundo a resolução do CFM nº 1957/2010, dentre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, está elencado como 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 se revelado ineficazes ou consideradas impróprias.

Assim, como princípios gerais da referida norma está a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, apenas como papel auxiliar/secundário na busca por ajuda quanto as questões de infertilidade, devendo ser usadas quando as técnicas terapêuticas não ajudaram o casal no anseio da procriação ou que tenham restadas ineficazes.

Neste cerne da questão é que esta a vedação quanto ao uso dessas técnicas com a finalidade de escolher o sexo ou qualquer outra característica biológica do possível futuro filho. Isto está elencado nos princípios gerais da Resolução nº 1957/2010 do CFM, assim descrito: “4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer”.

Outrossim, têm-se esta norma como objeto a preocupação quanto a saúde do paciente ou para o possível descendente. Isto está na referida norma, como princípios gerais, assim descritos: “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”.

Este disposto tem um condão de evitar a realização de experiências como também, segundo Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2011, p.59):

É realizado um diagnóstico pré-implantacional, como forma de evitar que doenças hereditárias sejam transmitidas. Para este fim, a Resolução estabelece que o tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões in vitro será de 14 dias. Tal prazo visa distinguir quando, para fins científicos, pode-se considerar um embrião como vida. Nos primeiros quatorze dias, portanto, trata-se de um pré-embrião e, portanto, a proteção à vida ainda seria tênue.

Com isso, pode-se inferir que esta resolução também tem preocupação no consentimento do paciente ou do casal, obrigando assim, que eles assinem um documento expressando a sua anuência quanto a realização da referida técnica. Isto confere uma maior segurança jurídica para ambos os envolvidos evitando assim, futuras frustrações e arrependimentos. Igualmente aos demais, isto está expresso como princípios gerais na referida resolução do CFM, assim firmado:

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados 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, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Sendo assim, ao médico é devido prestar as informações necessárias e de maneira clara, transparente para que os pacientes possam tirar quaisquer dúvidas a respeito do procedimento bem como atentá-los para possíveis implicações jurídicas, éticas, biológicas e ou econômicas que possam vir a existir e só assim, depois de esclarecido todo o contexto é que será realizado o procedimento, não sem antes, como já dito, as partes assinarem um documento escrito afirmando a sua escolha, o que confere maior segurança jurídica ao procedimento.

Ademais, é vedada a comercialização de material genético, como também a doação de gametas e pré-embriões, como consta na Resolução do CFM: “IV – Doação de Gametas ou Embriões: 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”.

Com relação, aqueles embriões excedentes não podem ser nem vendidos e nem destruídos, devendo ser criopreservados, ou seja, preservados pelas clínicas e os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao seu destino, em casos de divórcio, doenças graves ou de falecimento de ambos ou de um deles e quando desejarem doá-los, segundo esta Resolução do CFM:

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

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

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.

Ainda, segundo esta Resolução, no que concerne às clínicas, centros ou serviços que cultivam e põem em prática estas técnicas de reprodução humana assistida, é da inteira responsabilidade destas o controle e fiscalização do material biológico humano que será utilizado nos pacientes que escolherem esta técnica, garantindo uma maior segurança e evitando riscos à saúde dos envolvidos, isto tudo

tendo requisitos mínimos para executar este tipo de método, estando explícito na Resolução nº 1957/2010:

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 infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações 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 embriões.

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

Igualmente, a referida Resolução nº 1957/2010 deixa bem claro a exigência da manifestação de vontade dos que escolheram utilizar-se desta técnica, assim exposta:

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

Dessa forma é que qualquer pessoa capaz, que tiver escolhido esta técnica de reprodução humana assistida e que dela não tenha nenhuma limitação segundo o que informa este diploma legal, poderá utilizar-se desses métodos, porém, todos os envolvidos devem ter conhecimento do procedimento, como também, devem expressar sua anuência.

3 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Ao ser analisado a reprodução humana assistida heteróloga sobre o viés do direito ou não ao conhecimento da ascendência genética tem que ter a preocupação em valorar a luz do caso concreto dois direitos fundamentais provenientes do princípio da dignidade da pessoa humana, que seriam o direito fundamental à intimidade do doador de material genético e o direito ao conhecimento da origem genética, como decorrência e configuração a garantir o direito à personalidade, e, em casos reservados que iremos analisar, para constatar futuros impedimentos ao casamento, bem como, forma de garantir o direito à vida.

O direito a identidade genética é um direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional brasileira, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à vida, isto na conjuntura de uma temática materialmente aberta de direitos fundamentais, como cláusula geral implícita que resguarda todas as manifestações primordiais da personalidade humana.

A origem genética da pessoa, base biológica da identidade, sendo, pois um substrato da identidade pessoal é uma das manifestações essenciais da complexa personalidade humana. (LOUREIRO, 1999)

Como bem aduz José Roberto Moreira Filho (2008, p.6):

[...] Ao legar ao filho o seu direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social, das propensões ou resistências a certas doenças etc.

Assim sendo, os direitos da personalidade, como espécie do gênero dos direitos pessoais refere-se a direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o artigo 11 do Código Civil de 2002, são aqueles direitos que todo ser humano tem relacionados à sua identidade, por isso, fala-se que é um direito personalíssimo de obter sua real identidade, ou seja, é um direito inerente à pessoa e a sua dignidade humana.

O referente princípio norteia e convalida o sistema jurídico de defesa da personalidade, que estão tutelados no artigo 1º, inciso III, da Constituição

Federal, o qual é lastreado na premissa de que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do Direito. (DONIZETTI, 2007).

Do mesmo modo, com embasamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida, acrescentando, ainda, a obrigação de preservar a variedade, quer seja, a integridade do patrimônio genético, sobrepondo, o dever de fiscalizar as entidades dedicadas a pesquisa e manipulação destes materiais, que incluem o genoma humano, é que o direito à identidade genética é um direito fundamental subentendido, implícito na ordem constitucional brasileira.

3.1 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

Francisco Amaral (2003, p.249) defende os direitos da personalidade, como sendo: “ os direitos subjetivos que tem por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral, intelectual.”

Defende Paulo Lobo (2008, p.203):

[...] o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.

Nesta linha de raciocínio, conclui Leila Donizetti (2007, p.65):

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 a à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, além de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

Portanto, é ressaltada aos olhos que os direitos da personalidade englobam o direito à identidade genética e são o conjunto de informações que toda pessoa tem que fazem com que se diferenciem uma das outras, ou seja, que individualizam cada genoma, tendo como base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo o fundamento para a proteção desses direitos.

Este direito à identidade genética é um direito personalíssimo, intransmissível e irrenunciável, e está contido, no direito à identidade pessoal que é o conjunto de direitos pessoais, que além da identidade genética, têm-se a identidade sexual, moral, política e que constituem os elementos individuais de cada

ser humano, podendo ser diferenciado de todos os outros. (CUNHA; FERREIRA, 2008).

Logo, pois, o direito ao conhecimento da ascendência genética constitui uma das bases da identidade pessoal e neste prisma, Maria de Fátima Freire de Sá (2004, p.1) afirma:

O conceito de identidade genética traz no seu bojo uma correspondência ao genoma de cada ser humano, ou seja, o fundamento biológico ínsito a cada um [...] Em outro sentido, o termo identidade genética pode ser designado para caracterizar a mesma constituição genética entre dois ou mais seres. [...] Finalmente, como terceira acepção, vislumbramos o termo identidade genética como nível prévio à identidade pessoal, sendo aquele substrato fundamental desta. Nessa seara o que importa é saber a origem genética, a verdade sobre a própria progenitura. Também diz respeito à possibilidade de saber ou de recusar saber sobre diagnósticos e prognósticos de doenças e pesquisas realizadas. Mas não só isso, porquanto a identidade de uma pessoa não se reduz aos seus aspectos genéticos. Também, influem na formação pessoal complexos fatores educativos e ambientais, assim como os laços afetivos, sociais, espirituais e culturais, que conservam uma dimensão de liberdade.

Como bem aduz Maria de Fátima Sá (2004), a determinação da identidade pessoal não se restringe a identidade genética, pois ela está inserida em um campo com várias facetas, não apenas se limita aos seus aspectos genéticos, mas sim a origem genética faz parte da identidade pessoal de cada indivíduo.

Igualmente, tem-se que a identidade pessoal não se configura apenas à identidade genética. A identidade pessoal é noção bem mais complexa e abrangente, com dois elementos, um referencial biológico, que é o código genético do indivíduo e um referencial social, este estabelecido ao longo da vida, na relação com os demais.

Neste prisma, identidade genética é sinônimo de individualidade genética, o que não afasta sua dimensão objetiva, ou seja, identidade genética é uma base biológica da identidade pessoal, que em corresponde ao genoma de cada ser humano. (LOUREIRO, 2000)

Mediante isto, o direito à identidade genética é um direito de personalidade que objetiva resguardar o bem jurídico-fundamental “identidade genética”, quer seja, uma das mais importantes manifestações da personalidade humana, ao lado do já aprovado, direito à intimidade e o direito à privacidade.

Nesta conjectura, será de grande importância tecer alguns comentários sobre a diferença do estado de filiação e a origem genética para após termos

subsídios para analisar o conhecimento da ascendência genética nos casos de reprodução assistida heteróloga.

3.1.1 Estado de filiação X Origem biológica

O estado de filiação pode ser em decorrência da origem biológica ou não, pois este é justamente, o resultado da convivência familiar, consolidada na afetividade; é a qualificação jurídica da filiação, na qual, há uma relação de parentesco entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra. Tanto assim, que a Constituição Federal e o Código Civil, regulamentaram e consideraram os estados de filiação sendo uma filiação biológica, em face de ambos os pais, a outra, uma filiação não biológica em face de adoção ou inseminação artificial heteróloga. (LOBO, 2004)

Decerto, é nítido que a origem biológica não se perfaz como fator essencial para a determinação da filiação, mas sim como meio de se alcançar o princípio da personalidade, não podendo tolerar que o mesmo seja usado para tal finalidade, quer seja a determinação da filiação. Desta maneira, a investigação da ascendência genética não teria como efeito, originar os direitos sucessórios. (FERRAZ, 2009)

O direito ao conhecimento da origem genética ou biológica é individual, personalíssimo, inalienável e irrenunciável, não sendo atrelado a uma relação de família para ser protegido, tanto é assim que uma coisa é pleitear a origem genética, outra, a investigação de paternidade, pois esta deriva do estado de filiação independente da origem biológica ou não. (LOBO, 2004)

Evidente, portanto, que os efeitos causados pelo reconhecimento do direito à origem biológica não podem se confundir com os próprios da relação de filiação. Assim, o filho que almeja conhecer sua origem genética, no caso da inseminação artificial heteróloga, não pode esperar que fossem imputadas aos mesmos as obrigações decorrentes da filiação, tais como: a obrigação alimentar, os direitos sucessórios, o direito ao nome, entre outros.

Outrossim, percebe-se que não há o que se pleitear em relação a qualquer tipo de obrigação ligada ao sustento ou affectio quando se tratar de investigação da origem genética, uma vez que já existe uma família socioafetiva

constituída. O que é certo e, o que se pode requerer ao buscar a verdade genética é evitar ou até mesmo tratar doenças como também em outro viés, para impedir relações incestuosas.

A presunção de paternidade do marido ou companheiro que autorizou sua mulher a engravidar através das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, usando sêmen de outro homem, em relação ao filho assim concebido, demonstra que o biologismo não se sobrepõe a afetividade. O fato de se ter conhecimento da origem biológica não é bastante o suficiente para desconstituir um estado de filiação já existente. (FERRAZ, 2011).

3.1.2 O conhecimento da origem genética como exercício do direito de personalidade

Ao ser dado ao filho o direito de conhecer a sua identidade genética, está sendo outorgado o exercício integral de seu direito de personalidade.

A toda pessoa é conferida personalidade, ou a capacidade jurídica, sendo, pois, a suscetibilidade genérica do indivíduo para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, ser titular de direitos e obrigações. (DINIZ, 1999)

É a chance de ter e de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais distintas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole, do caráter e do comportamento social, como também o conhecimento a propensões a possíveis doenças, etc.

Os direitos dispostos para a proteção da personalidade humana estão voltados para resguardar a eminente dignidade da pessoa, preservando-o dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. (GOMES, 1998)

Neste último viés, o reconhecimento da origem genética é de extrema importância em casos de doenças apenas curáveis através da compatibilidade consangüínea, tal é o caso de certos transplantes de órgãos e certas doenças como a leucemia.

A própria resolução 1358/92 do CFM, que regula a reprodução humana assistida, prediz a possibilidade de fornecer informações sobre o pai biológico, em

casos especiais, entretanto, como premissa a preservação da identidade civil do doador, para o médico que a requisitar.

Define com sabedoria os direitos da personalidade, José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.362):

[...] estes abarcam certamente os direitos de estado (por ex: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos da personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como "direito à pessoa ser e à pessoa devir", cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa.

A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação "à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor. (LOBO, 2006).

3.2 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO GARANTIDOR AO DIREITO À VIDA

A imputação da origem biológica não determina a paternidade jurídica. Deste modo, o que se pode inferir é que os motivos mais relevantes que levariam um indivíduo a querer conhecer sua origem biológica seriam a preservação da saúde e da vida em casos de graves doenças genéticas, a ciência de possíveis impedimentos ao casamento e outros motivos de caráter subjetivo, relevantes para cada situação, analisando a luz do caso concreto.

Com relação à hipótese de se conhecer o DNA para preservação da saúde, como consequência a vida, seria nos casos em que o filho gerado possuir alguma doença letal e que a cura só derivaria da descoberta de seu material genético, ficando nítido deste modo, que neste caso, caberia a quebra do sigilo do

anonimato do doador, ou seja, esta situação comportaria a quebra do direito à intimidade do doador em prol do direito à vida do filho gerado pelos procedimentos da reprodução humana heteróloga, pois seria a forma de garantir a vida desse ser.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p.206) explana:

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

Deste modo, o acesso ao conhecimento da origem genética se traduz na busca pela própria identidade pessoal, na procura de se ter um direito a personalidade, elementos que unidos a outros tantos, como o direito a vida digna, direito a privacidade, direito a educação e lazer, compõem a própria vida do indivíduo.

Em outra vertente, tem-se o direito fundamental à saúde que está elencado no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, seja no capítulo que trata dos direitos fundamentais sociais; art. 6, CF/88: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, seja no art. 196, CF/88:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o direito fundamental á saúde poderá ter um foco que se vislumbra em uma abstenção do Estado, quer seja, de que o próprio Estado não faça nada para que uma pessoa receba adequado tratamento de saúde. Neste viés, proibir e tipificar criminalmente quaisquer tecnologias que reprodução humana assistida, terapias gênicas, como se o direito fundamental à identidade fosse absoluto, significaria criar obstáculos intransponíveis aos novos métodos terapêuticos, que não encontram respaldo na ordem jurídico-constitucional brasileira.

3.3. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA COMO GARANTIDOR A POSSÍVEIS IMPEDIMENTOS AO CASAMENTO

Outro fato que justificaria o conhecimento da identidade genética seria, pois, saber se há algum caso impeditivo para se realizar o matrimônio, ou seja, observar se existe algum vínculo consanguíneo entre os envolvidos, se há alguma descendência direta entre eles, pois só deste modo é que se evitariam relações incestuosas, e a formação de vínculos parentais que afrontem a moral, os costumes e até mesmo ordenamento jurídico. (CUNHA; FERREIRA, 2008).

O direito à identidade genética não significa a desconstituição da paternidade dos pais sócio afetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade sócio afetiva e a denominada "desbiologização" da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o direito da personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. (ALMEIDA, 2008, p.4).

Como o próprio nome já diz é um direito e não um dever do filho ao conhecimento da sua origem biológica e neste caso, a revelação dos dados dos genes do doador de material genético seria uma possibilidade de assim, garantir o impedimento de relações matrimoniais entre indivíduos com os mesmos materiais genéticos.

O anonimato absoluto iria de encontro à dignidade da pessoa humana, pelo simples fato de que estaria expondo os envolvidos a relações incestuosas, constituídas pelos filhos nascidos de material pertencente ao mesmo doador ou até mesmo pelo próprio doador e uma filha, que neste caso, poderiam vir a contrair casamento por absoluta falta de informação sobre suas verdadeiras origens.

3.4. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Frente a uma situação conflitante gerada pelas técnicas de procriação artificial, explana Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p.5):

O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto.

Como preconiza Canotilho (1993, p.168):

Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as

regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade de regras contraditórias.

Quando se trata de direitos fundamentais, embora estes não sejam princípios, deve-se aplicar a mesma forma de solução de conflito destes, uma vez que os direitos fundamentais, enquanto direitos destinados a manter a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade servem de alicerce ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não podendo, assim, ser objeto de exclusão em caso de conflito.

Na atividade de ponderação dos princípios no caso concreto, o aplicador do direito deverá levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança que não necessariamente significará o conhecimento da origem biológica, nas situações de reprodução humana assistida heteróloga. Ademais, o julgador deverá ter um parecer psicossocial visando, na situação em concreto, avaliar a extensão dos benefícios e danos para as partes envolvidas, procurando deste modo, causar o mínimo de dano possível, ao decidir qual o direito fundamental que deverá prevalecer.

3.4.1 Princípio da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade

Expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º caput, afirma que todos os cidadãos são iguais perante a lei, solidificando deste modo, o princípio da igualdade de direitos que se traduz na equidade de tratamento pela lei para todos os cidadãos, convivendo em harmonia com os critérios garantidos pelo ordenamento jurídico.

Posto isto, o dispositivo normativo deverá ser único e o mesmo para todos, sendo que qualquer particularidade, imunidade ou vantagem que não esteja fundada só e unicamente em uma razão muito importante do bem comum, quer seja, público, será tido como injusto e poderá até mesmo ser considerado como uma tirania.

A Constituição Federal em seu artigo 227, §6º, igualou a tutela dos filhos havidos ou não da relação matrimonializada ou por adoção, e a isto confirmada no Código Civil de 2002, nos termos dos artigos 1.596 a 1.629, impedindo qualquer forma de discriminação e distinção.

Do princípio que estatui a igualdade entre a filiação havida dentro e fora do casamento decorre o direito que toca a todos os filhos de verem declaradas a sua verdadeira paternidade. (FACHIN, 1996)

Todavia, em razão do choque entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que acontece nas ações investigatórias de paternidade e embora o princípio constitucional da igualdade esteja disposto, material e formalmente, para todos, sem distinção, ela não se aplica formalmente, sob a defesa da proibição de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana do investigado, como se o investigador não tivesse o mesmo direito de não ter violado a sua dignidade.

Deste panorama se faz necessário a aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade nas ações investigatórias de paternidade.

Analisa assim, Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p.39):

O princípio da proporcionalidade tem o condão de impedir excessos na aplicação dos princípios constitucionais, possibilitando que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional, no que difere do princípio da razoabilidade, que permite que se conheça o espírito destes princípios e se acerte a sua interpretação e aplicação, propiciando que se conheça o princípio considerado em si.

É fato que quando aplicados o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade sobre leis e medidas coercitivas, restritivas de direitos fundamentais, estes princípios realmente se assemelham, pois a sociedade repudia qualquer tentativa de limitação excessiva nesta esfera. (BRAGA, 2006)

No direito brasileiro, o princípio da proporcionalidade está inserido na estrutura hermenêutica junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais.

Tal princípio tem como lastro o binômio meio-fim cuja finalidade é aferir a harmonia existente entre os fins do Direito e os meios utilizados para a consecução de tais fins. (SANTOS, 2004) Com efeito, o princípio da proporcionalidade é a garantia dos direitos fundamentais e meio viabilizador da sua efetividade.

Já o princípio da razoabilidade, segundo Suzana de Toledo Barros (2000, p.72): “uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, bom senso, moderação e prudência traduzindo tudo o que não é absurdo, tão somente o que é admissível”.

A Constituição Federal certifica a razoabilidade, ao dispor sobre o assunto nos termos do artigo 5º, inciso LIV, que aborda sobre o devido processo legal para afirmar direitos e dirimir conflitos, dentre os quais se insere a colisão de direitos e o inciso LXXVIII, do mesmo artigo, que assegura no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, bem como os elementos que garantam a celeridade de sua tramitação, haja vista o princípio do devido processo legal constituir alicerce essencial do regime democrático de direito, uma vez que sua abrangência extrapola a condição de simples garantia processual.

Depreende-se, assim, análise de que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são apropriados para se promover a ponderação dos vários interesses em conflito, até mesmo dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos.

Entretanto, há quem defenda uma semelhança entre o princípio da proporcionalidade e o “princípio da proibição do excesso”, este como uma versão mais contemporânea daquele, no controle as restrições aos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2004).

Entende-se, portanto que, diante de uma colisão de direitos fundamentais e princípios constitucionais em um caso concreto, usa-se como técnica de solução de conflito a ponderação de interesses, como maneira de harmonizar as circunstâncias e os direitos em tela.

A ponderação de interesses e bens, no caso concreto é uma técnica de desenvolvimento do Direito que se objetiva resolver, solucionando a colisão entre normas, bem como demarcando as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, realizar direitos, cujo âmbito restou em aberto. (LARENZ, 1997)

Fazem parte deste instrumento; ponderação de direitos fundamentais - os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que juntos tem fundamento nos princípios de direito fundamental, além dos princípios do Estado de Direito, na pratica jurisprudencial e no conceito de justiça.

3.4.2 Direito a intimidade do doador X Direito da personalidade

Nesta situação, indicar qual direito deveria se sobrepôr ao outro – direito a intimidade do doador de material genético e o direito da personalidade do ser oriundo das técnicas de reprodução humana assistida - é muito complicado na medida em que todos são direitos constitucionais e que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana, assim, apenas à luz do caso concreto, é que o magistrado poderia fazer o equilíbrio desses direitos, sempre norteado pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e lógico, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, vale ressaltar que, ao lado dessa baliza entre direitos, deve-se observar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, de 1989 que passou a integrar o Direito interno brasileiro desde 1990 e que em seu artigo 3.1 estabelece que nos conflitos que envolvam menores, devem primordialmente valorizar o critério do melhor interesse da criança, abrangente do que a lei brasileira (ECA) considera adolescente. (LOBO, 2004).

3.4.2.1. Dignidade da pessoa humana do investigador X Dignidade da pessoa humana do investigado

Antes de analisar esta questão, vale inferir que nas situações que versem a reprodução humana assistida heteróloga, a investigação de paternidade que difere do conhecimento da ascendência genética, não é questionada, assim, o que se cogita neste caso, é tão somente o direito ao conhecimento da origem biológica. Porém, a investigação de paternidade é sim, admitida, mas não nos casos de reprodução humana assistida heteróloga, apenas nas hipóteses em que o suposto pai rejeita a fazer o exame de DNA.

Por conseguinte, nestes casos o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto como o mais importante fundamento basilar do sistema constitucional brasileiro, restando balancear este princípio nas hipóteses de ação de investigação de paternidade, como já mencionado, enquadrando-se nos casos em que o investigado se recusa a fazer o exame de DNA, sob o argumento de ter ferido seus direitos fundamentais, os quais tem núcleo central no princípio da dignidade da pessoa humana.

Analisa-se, assim, se o investigado tem violado os seus direitos fundamentais, ao ser coagido a submeter-se ao exame médico pericial e, portanto, tem sua dignidade humana afetada, em contrapartida, está o investigador, detentor do mesmo direito a dignidade humana, teria por consequência em virtude da recusa do investigado, uma violação de seus direitos fundamentais, pois lhe restou impossível conhecer sua ascendência genética.

Observa-se que ao ser dirigido a se submeter ao exame de DNA, o investigado declara violação ao princípio da legalidade, como também, violação a intimidade e a vida privada, incluindo aqui a intangibilidade do corpo humano, sua privação de liberdade sem que existisse um devido processo legal, quando mediante ao deslocamento forçado, obrigando o indivíduo a fazer o exame genético, produzindo prova contra si mesmo e subtraindo o direito a igualdade.

Do outro lado da balança, está o investigador no mesmo patamar de importância, reivindicando seu direito a igualdade, o direito a legalidade, o direito ao conhecimento de sua ascendência genética quer seja sua identidade pessoal, a igualdade entre os filhos, o direito a paternidade responsável e o direito ao respeito que esse último, está resguardado na Constituição Federal em seu artigo 227, *caput*, o qual determina que compete ao Estado, tal como a família e a sociedade, a obrigação de garantir à criança e ao adolescente o devido respeito, o melhor interesse da criança e do adolescente ou a proteção integral da criança, o direito a integridade da dignidade humana, o direito aos alimentos e os direitos sucessórios e a quietude e a paz pessoal procedente da certeza quanto ao vínculo sanguíneo, que adquirem neste ponto, uma maior protuberância, por justamente versar em violações a direitos humanos em desenvolvimento e formação.

Portanto, a situação expressa leva a uma colisão de princípios constitucionais e como também de direitos fundamentais, abraçados pelo mesmo princípio constitucional, quer seja o da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, no caso em tela, o investigado titular de direitos fundamentais como o da autonomia da vontade, da privacidade, da intimidade e da intangibilidade do corpo, ao exercer o seu direito, gera efeitos negativos sobre os direitos fundamentais do investigador, como sobre o direito a paternidade responsável, à igualdade, à igualdade de filiação e ao direito ao conhecimento da sua identidade biológica. (AHMAD, 2010)

A ação de investigação de paternidade leva a um conflito de princípios constitucionais, como já pontuamos, para isso, deve-se procurar uma solução que não prejudique nenhuma das partes envolvidas, ou seja, não pode ser extinto nenhum direito fundamental para os participantes dessa relação jurídica, para isso, deve-se buscar lastreado pelos princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade uma valoração desses direitos envolvidos para se ter uma decisão justa, eficiente, equitativa e equilibrada para todos.

A doutrina majoritária se opõe a valoração por achar e analisar que, ao se conduzir o investigado sob vara a fazer o exame biomédico, estar-se-ia ferindo sua dignidade pessoal em razão da violação ao princípio constitucional da intangibilidade física. Por outro lado, existe também uma apreensão do mesmo direito a dignidade humana inerente ao investigante, quando diante da insubmissão do investigante, que o condena a ignorância de sua ascendência genética. (AHMAD, 2010)

Deve-se aqui inferir uma observação, que no caso de reprodução humana assistida heteróloga o que se pleiteia não é o conhecimento da paternidade, pois esta já está firmada e sedimentada nos laços afetivos e não consanguíneos, na verdade o que se quer é ter o acesso aos dados genéticos para daí se ter as informações quanto ao genoma humano do ser concebido através de tal técnica. Por conseguinte, quando esta sendo abordada a ação de investigação de paternidade, temos que ressaltar que não tem relação com o conhecimento da ascendência genética, pois a primeira diz respeito à filiação e a outra a identidade pessoal, na espécie de direitos da personalidade.

Como consequência deste panorama, ambas as situações tem um confronto de direitos, assim deve sim existir uma ponderação dos direitos e dos interesses de todos os envolvidos, nas duas hipóteses diferenciadas acima e segundo Robert Alexy (1999, p.74): “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”. Além disso, segundo Juarez de Freitas (1999, p.398): “os princípios constitucionais jamais devem ser eliminados mutuamente, ainda que quando em colisão, à diferença do que se sucede com as normas ou regras”.

3.4.3 Princípio do melhor interesse da criança.

O princípio está contido na doutrina da proteção integral, como dispõe o Estatuto da criança e do adolescente – ECA, que diz: “Art. 1º A Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Assim, esta norma auferiu uma proteção ativa, sem nenhuma distinção entre a criança e o adolescente, garantindo uma pronta eficácia a direitos fundamentais, tais como o direito à vida, saúde, moradia, convivência familiar, entre outros.

Assim, quando o magistrado, à luz do caso concreto, se deparar com uma colisão de direitos, deve-se sempre efetuar o equilíbrio destes, levando em consideração à aplicação do critério do interesse maior da criança na decisão e na aplicação da lei na situação específica. Observa-se aí que o princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos e interesses.

Infelizmente na prática, a realidade é outra, como bem aduz Andréa Rodrigues Amin (2009, p.28):

Infelizmente, nem sempre a prática corresponde ao objetivo legal. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se de que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não “o pai, a mãe, os avós, tios etc.”. Muitas vezes, apesar de remotíssima a chance de reintegração familiar, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. [...] Enquanto perdura essa via crucis, a criança vai se tornando “filha do abrigo”, privada do direito fundamental a convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea.

O princípio do melhor interesse da criança deverá ser um norteador para legisladores e aplicadores do direito, devendo sempre inferir e priorizar as necessidades da criança e do adolescente, quando da explanação da norma, na decisão das lides e na elaboração de novas leis.

O direito ao conhecimento da origem genética não deve originar a desconstituição da filiação jurídica e socioafetiva, devendo funcionar somente, como um instrumento que garante ao ser gerado através das técnicas de reprodução assistida heteróloga, a certeza de sua ancestralidade, além disso, não se pode olvidar que o direito ao conhecimento da ascendência genética não é um dever, e sim, como o próprio nome já diz, é um direito da criança que venha a sentir a necessidade de conhecer suas origens. (CUNHA; FERREIRA, 2008, p.8).

O princípio do melhor interesse da criança, portanto, deverá ser priorizado sempre que for necessária a intervenção nas relações de família, pois ele

é um instrumento orientador da conduta na resolução de demandas jurídicas que fazem parte crianças e adolescentes buscando sempre a sua proteção integral.

No condão da reprodução humana assistida heteróloga, deve-se sempre observar a situação em concreto, para ter a noção do que é mais importante para a criança, quer seja, conhecer sua identidade genética ou, em contrapeso, ignorar este dado da identidade pessoal da criança por esta já está inserida em um contexto familiar, sempre tendo que respeitar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

3.5 DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA NO CASO DE ADOÇÃO

A lei 8.069 de 1990, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 48, dispõe sobre a chance de o adotado ter acesso aos dados de seus pais biológicos, sem que isso caracterize na desconstituição da filiação civil instituída pela adoção.

Neste âmbito, pronunciou-se sobre esta questão o Superior Tribunal de Justiça:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.

Conjuntamente, a lei 12.010 de 2009, conhecida como a Lei Nacional de Adoção, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos advindos da personalidade, em benefício da proteção à integridade psíquica do adotado, trouxe em seu dispositivo legal o art. 48 que sedimenta o direito do adotado de conhecer a sua identidade biológica, assim expressa:

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.

O texto legal confere ao maior de dezoito anos o acesso irrestrito ao processo que ensejou a sua adoção e ainda, ao adotado que ainda não alcançou a maioridade civil também concede este direito, amparado inclusive pela assistência jurídica e psicológica.

A Lei Nacional de Adoção em seu Art. 1º enfatizou o foco analisado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que é o aperfeiçoamento da garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Neste prisma, o disposto legal foi feliz, pois não restringiu a normatização apenas do procedimento de adoção, harmonizando a interação dos princípios que norteiam esta matéria, objetivando, por meio de políticas públicas, a efetivação dessas normas. Diz este artigo:

Art. 1º- Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao Estatuto da Criança e do Adolescente foi acrescentado o parágrafo único do artigo 100 na Lei Nacional de Adoção, que tem a seguinte redação:

Parágrafo Único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

[...]

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade

judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei.

Para cada inciso do artigo 100, da referida lei há uma definição de um mandamento constitucional, de um princípio; privacidade, intervenção mínima, proporcionalidade, responsabilidade parental, proteção integral à criança – o qual somando-se a observância e o respeito a todos eles para que seja aplicado de modo efetivo as medidas protetivas à criança ou ao adolescente.

No Estatuto da Criança e do Adolescente foi introduzido pela Lei 12.010/09 o artigo 48¹, o qual, também consolidou e conferiu o direito personalíssimo do adotado em conhecer sua origem biológica, elemento importantíssimo para a construção da sua história que, embora tenha ocorrido após o nascimento na maior parte o convívio com a família adotiva, é inegável a participação da sua ascendência biológica para a consolidação da historicidade pessoal.

A finalidade da lei é constituir uma regulamentação de condutas, sanar omissão ou preencher lacunas que refletem de uma forma geral na manutenção e evolução do bem comum.

Importante frisar que na inovação trazida no dispositivo: quarenta e oito da Lei 12.010/09, é notável que o legislador detectasse a necessidade de positivação do direito, ensejando a consagração do direito da pessoa adotada à identidade genética. É também acentuado destacar a ampliação da efetividade à proteção desse direito, garantido expressamente pela nova lei, pois mesmo que inexistente anteriormente, já era objeto de cobiça, ambição e desejo do adotado.

3.6 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

O anonimato do doador do material genético para ser usado em reprodução humana assistida heteróloga, deve ser mantido em sigilo, mediante as consequências que as informações a respeito da origem da filiação podem gerar para aquele que foi concebido. O anonimato não só facilitaria a integração da criança à família, evitando a intervenção de terceiros na sua formação, como também impediria essa criança de ser tratada de maneira discriminatória na sociedade, pela situação peculiar de como foi gerada.

¹ Art. 48, mencionado anteriormente

A Resolução do Conselho Nacional de Medicina nº 1957/2010, dispõe como princípios gerais que o foco dos métodos de reprodução humana assistida seria ajudar os indivíduos que tenham problemas de infertilidade, é neste contexto que o doador de material genético é tido como figura que pertence ao processo de procriação artificial. Com efeito, o ato de doar o sêmen não pode visar intuito lucrativo, isso é o que também aponta esta Resolução: “A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”, ou seja, a doação deverá ser gratuita, pois a sua finalidade não é econômica.

Analisa Albertino Daniel de Melo (2000, p.10):

O anonimato do pai biológico, na hipótese de artifícios heterólogos, seria visto como isenção de responsabilidade em face do filho, baseada a isenção na circunstância de o não ter desejado. A suspensão do princípio seria excepcional para as circunstâncias em que fosse notório o risco de incesto e de propagação de doenças ex genesi; portanto, não reabilitaria a responsabilidade.

Com escopo de evitar qualquer tipo de constrangimento para o doador de material genético, o qual se permitiu ajudar ao próximo que tem problemas em conceber um filho pelas vias naturais é que justifica a preservação e o respeito à identidade deste doador.

Ademais, sobre outra perspectiva, faz-se necessário ser mantido não só o anonimato do doador, mas também o sigilo do casal que busca as técnicas de reprodução humana assistida, de maneira a proteger o direito à intimidade das pessoas envolvidas, como estabelece o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, frente à coletividade.

3.6.1 O Anonimato na reprodução humana assistida

Haja vista que o direito a intimidade é um direito salvaguardado pela Constituição Federal, previsto em seu artigo 5º, X, o anonimato do doador de material genético que decorre do direito à intimidade, encontra respaldo, na Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, no capítulo IV das Doações de Gametas ou Embriões, imputa obrigatoriamente o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim, como dos receptores. Dispõe esta resolução:

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

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

A necessidade do anonimato é essencial ao doador do material genético, pois no momento em que assina o termo e faz à doação, ele está abrindo mão da paternidade, inclusive, os direitos e deveres que dela são decorrentes. Porém, no Estatuto da Criança e Adolescente, prevê a investigação da paternidade a qualquer tempo. (RIBAS, 2008).

Com relação à investigação da paternidade, já foi abordado que não condiz com os casos em que há se tem doador de material genético para fins de reprodução humana assistida heteróloga, uma vez que aqui, o que está em jogo é o conhecimento dos dados genéticos do filho advindo das técnicas de procriação artificial em contrapartida, a ação de investigação da paternidade, é quando se pleiteia saber quem é o seu pai biológico, sendo, portanto, diferente do conhecimento da ascendência genética em casos de reprodução heteróloga, pois o estado de filiação já foi selado, pelos laços afetivos, o que se busca são os dados genéticos, para fins de identidade pessoal e aqui jaz a questão do anonimato do doador de material genético que participou deste processo, mas sem nenhum intuito econômico e nem de assumir nenhuma responsabilidade no que diz respeito à constituição de uma família. Este doador assim participou do processo como um ato de altruísmo, bondade excluindo assim, qualquer outro pretexto ou fim.

Ademais, a preservação do anonimato nesses casos, visa garantir o desenvolvimento normal da família assim fundada, como também, proteger o leal desinteresse daquele que contribuiu para a sua formação.

Nesta linha, expõe Guilherme Gama (2003a, p. 903):

O anonimato dos pais naturais - na adoção - e na pessoa do doador - na reprodução assistida heteróloga - se mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.

O anonimato é defendido sobre o prisma de que o conhecimento da identidade do doador de material genético poderia influenciar de forma negativa na

relação familiar, causando até mesmo constrangimentos ou traumas na criança, fruto deste método, interferindo em sua qualidade de vida e, por conseguinte, feriria o princípio do melhor interesse da criança.

Igualmente, este anonimato evita que sejam constituídas relações entre o doador e a criança objetivando a obtenção de vantagens pecuniárias, até por que, efetivamente a ruptura do sigilo poderia gerar relações de fato e de direito com o doador de material genético.

Como bem observa o anonimato do doador de material genético no caso de reprodução humana assistida, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 145):

O anonimato é, ao mesmo tempo, a garantia da autonomia e da expansão da família que se funda e a proteção leal do desinteresse que ali predomina. A convergência destas duas considerações – sendo que a primeira age em favor da criança – explica que, na hierarquia dos valores, elas sobrepõem conjuntamente o pretendido direito ao conhecimento de sua origem. As regras aqui propostas valem tanto para a doação do esperma quanto a doação dos óvulos. Se estas duas operações são diferentes tecnicamente, e de dificuldade desigual (...) estas diferenças não são suficientes a se sobrepor as consequências, no que diz respeito a seu tratamento jurídico.

Sob outro viés, o anonimato seria uma forma de estimular e aumentar o número de doações de material genético, haja vista, a garantia de não haver qualquer responsabilidade do doador para com o ser gerado, pois é um ato de desprendimento com o intuito de ajudar ao próximo a reproduzir uma criança.

Infere-se, pois que nas hipóteses de adoção, entretanto, a jurisprudência e a doutrina brasileira reconhecem o direito à origem genética sem, contudo qualquer vínculo de filiação.

3.6.1.1 O direito a intimidade do doador de material genético

De acordo com a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina:

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

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

Como já foi mencionada anteriormente, esta disposição confere uma salvaguarda ao anonimato do doador de gametas e pré-embriões, que deve ser preservado, assegurando o seu direito a intimidade, exceto como informado no dispositivo, por motivação médica e em situações especiais que poderá ser fornecido informações sobre estes doadores de material genético, apenas e exclusivamente aos médicos, preservando ainda, a identidade deste doador.

Segundo Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 67):

A não identificação entre os doadores e os receptores, na doação de gametas, é muito importante, porque enquanto uns assumem o compromisso de renúncia da paternidade ou maternidade, os outros assumem a paternidade ou maternidade cultural, em detrimento da filiação biológica. Todavia, quando relevantes interesses dos filhos exijam a verificação de sua origem biológica, não deverá acontecer a prevalência do anonimato.

Por nosso ordenamento jurídico não disciplinar sobre o assunto é que deriva a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, como norteadora nos casos de reprodução humana assistida em que se pleiteiam a ação de conhecimento da ascendência genética. Entretanto, esta mesma Resolução adverte que o anonimato dos doadores só poderá ser quebrado, ou seja, o direito a sua intimidade só poderá ser infringido, nos casos médicos, para salvaguardar o direito à vida e a sua preservação, bem como a saúde, resguardando-se, contudo, a identidade civil do doador.

Nesta linha, defende a intimidade do doador de material genético (CUNHA; FERREIRA, 2008, p. 5):

O direito a 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 tem 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.

Além de todas as exposições já extenuadas, recente Enunciado de nº 405, art. 21 do CJF (Conselho de Justiça Federal), consagra: “As informações

genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular”.

Em respeito ao direito à intimidade do doador de material genético, com o intuito de preservar sua identidade, fica evidente que o teor do enunciado supra se mostra inconfundível quanto ao uso das informações genéticas, que deve ser precedido de autorização do titular do material genético armazenado.

3.7 POSSIBILIDADES DE QUEBRA DO ANONIMATO

Assim, a Resolução nº 1957/2010 do CFM apenas apontou que nos casos excepcionais que tenham motivação médica é que se admitiria o repasse de informações sobre os doadores e exclusivamente para os médicos. Porém, como foi visto anteriormente, existem outros casos, que não sejam somente por motivação médica, que se justificariam a quebra desse anonimato para se chegar ao conhecimento da ascendência genética, como nas hipóteses de futuros impedimentos ao casamento e também em casos subjetivos de necessidade do filho gerado pelas técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

Ainda, a ação de conhecimento da origem biológica permitiria o conhecimento da ancestralidade, da origem, da identidade pessoal, impedindo o incesto, preservando os impedimentos matrimoniais e evitando enfermidades hereditárias, como já mencionadas. Daí a justificativa que também ao doador caberia o direito da investigação de paternidade.

É neste contexto, como já mencionado, que o magistrado sempre, à luz do caso concreto, quando houver um conflito de interesses e direitos, deve fazer uma ponderação dos direitos em tela, com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana, bem como, observando o critério do melhor interesse da criança e buscando uma paternidade responsável; é que estes conflitos serão dirimidos.

Somando-se a isso e sabendo que no nosso ordenamento jurídico ainda não existe mandamento constitucional que regule essas situações, o que atualmente esta sucedendo é uma igualdade entre a filiação não biológica, decorrente dos laços afetivos e que surgem através ou da adoção ou das técnicas

de reprodução humana assistida heteróloga, e a filiação biológica, que é aquela ligada pelos laços consanguíneos. Como consequência desse tratamento igualitário e sem marginalização e por ser um método novo é que está ocorrendo uma forte tendência a desbiologização da paternidade e mais, dessa conjectura surge o entendimento de que o doador de material genético não está mais obrigado a arcar com o sustento da criança concebida e tampouco apoiá-la emocionalmente.

Assim, o que se pleiteia quando deparamos com casos de Reprodução Humana Assistida e o direito ao conhecimento da ascendência genética é que o ser gerado por meio dessas técnicas almeja ter conhecimento de sua identidade genética, que é um direito da personalidade, inalienável, irrenunciável e personalíssimo, compondo a sua identidade pessoal. Por isso o conhecimento da ascendência genética é tão importante, pois, através dela, também, é que se pode prevenir doenças e porventura salvar uma vida, ademais tem um caráter moral na medida em que evita relações consanguíneas e ainda tem natureza psicossocial, que referem-se ao lado subjetivo da criança.

Do mesmo modo, é de extrema importância a preservação e salvaguarda do anonimato do doador de material genético, pois, sem ele, não seria possível a efetivação das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, bem como, pode-se afirmar que é um gesto de total desprendimento e compaixão ao próximo, na medida em que ao doar seu material genético, a pessoa está contribuindo para a efetivação de um desejo, um anseio, uma aspiração de um terceiro em ter um filho.

Fato é que, a pretexto de resguardar os sentimentos que envolvem pais e filhos afetivos (aqui abrangido tanto os filhos adotados como aqueles advindos das técnicas de reprodução humana assistida), não se justifica fechar os olhos para os avanços científicos e, tampouco, extinguir os sentimentos que orientam os desejos mais íntimos e profundos deste filho afetivo de reconhecer seu histórico de vida, de consanguinidade, pois, conquanto a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais e filhos não atendam exclusivamente, a valores biológicos, também não atendem, apenas aos juízos sociológicos. Daí advém uma lacuna a ser preenchida não apenas com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas também com a vida, na qual pessoas têm suas necessidades, seus desejos e espelham sentimentos.

Portanto, apenas à luz do caso concreto, com a ponderação dos direitos em questão – intimidade e personalidade – bem como, o juízo do melhor interesse da criança é que se pode valorar e imputar uma decisão, observado sempre à premissa de que prevalece o direito ao anonimato do doador de material genético, e apenas em casos, aonde se configurem a preservação da saúde e o direito à vida, a proteção referente a relações consanguíneas e questões de caráter subjetivo do ser gerado/concebido é que se pode adentrar no mérito da quebra desse anonimato para se obter a origem genética. Aliado a isto, como já dito, também o conhecimento a ascendência genética é de extrema importância, pois ela é parte integrante da identidade pessoal do ser humano.

Conseqüentemente, o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, como já mencionado. Logo, porventura, ao ser imputado ao indivíduo o direito ao conhecimento de sua ascendência genética, ele estará apto a conhecer apenas e tão somente as suas informações genéticas, pois este é o maior anseio do autor desta ação (conhecimento de sua identidade pessoal), e em hipótese alguma conhecer os dados pessoais como endereço do doador de material genético, pois se assim o sendo, desvirtuaria todo o cerne da questão que é tão, unicamente ter acesso aos dados genéticos para suprir a necessidade de se ter e conhecer sua genealogia pessoal, ou como também, evitar doenças e ainda impedir relações incestuosas.

Por conseguinte, se futuramente for considerado pela legislação pátria o direito ao conhecimento da ascendência genética, as clínicas de fertilização terão o dever de informar esses dados genéticos, salientando que somente serão informados os dados genéticos do ser concebido através dessas técnicas para outros médicos, não necessitando mais acessar o Judiciário para a propositura de uma ação direcionada para este fim, por se entender que deixa de ser um anseio para ser um direito devendo ser respeitado e exercido por todos em questão.

4 A AÇÃO DE CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Neste panorama, faz-se necessária urgentemente uma ação competente, adequada para regularizar e legitimar as situações que versem sobre a

reprodução humana assistida heteróloga e o direito ao conhecimento ou não da origem genética, que seria uma ação própria de Conhecimento da Origem Genética, como instrumento capaz para obtenção da ascendência genética, porém sem confundir o direito à identidade a filiação com o direito da personalidade e também, sem desconstituir os vínculos parentais socioafetivos anteriormente constituídos em decorrência dessa filiação não biológica e sim socioafetiva.

Assim, na busca do equilíbrio destas verdades para uma adequação jurídica no que tange o conhecimento da ascendência genética para a certificação dos direitos da personalidade, espécie do gênero identidade pessoal, deve-se ter como base fundamental os novos valores inerentes ao conceito de família trazido pela Constituição Federal de 1988, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais apontam para a valorização da paternidade socioafetiva, bem como, não olvidando do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E A PATERNIDADE

O conhecimento da origem genética não modifica em nada as relações jurídico-familiares que tal indivíduo possui com seus pais socioafetivos e por consequência com sua família afetiva.

Ter direito ao reconhecimento da origem genética não significa subjugação, discriminação ou preponderância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva.

Importante salientar que, ao se buscar a origem genética, tem-se que ter em mente, tão só, e somente, o propósito de reconhecer a verdadeira identidade genética, sem, pois, esperar um sentimento anexado ao lado pericial, pois este pode não vir jamais. No entanto, o que não se pode é com base em um suposto desamor ou falta de afeto paterno, decidir pela investigação da paternidade. Nas hipóteses em que existe a paternidade socioafetiva, tampouco não se constitui tal motivo, pois, sendo sentimento verdadeiro, o conhecimento da ascendência genética não se configura em uma força superior capaz de romper esses laços afetivos.

Deste modo, se assim não fosse, poderia questionar-se a obrigatória igualdade entre filhos contida na Constituição Federal de 1988, haja vista que o disposto legal assegura a igualdade de tratamento e não de sentimentos, pois em

relação ao afeto, a lei não pode dispor e nem assegurar. Com efeito, o Direito dispõe somente sobre os efeitos que a conduta desse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, até porque a função do Direito é estabelecer uma solução jurídica justa dentro da lei e de seus princípios, de tal forma, que ofereça a parte uma decisão equilibrada, ponderada e razoável.

4.2 EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO CONHECIMENTO DA ASCENDENCIA GENÉTICA

O atual Código Civil em seu art. 1521 prevê como efeitos do conhecimento da origem genética, os impedimentos matrimoniais apenas e assim dispõe:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

De acordo com o entendimento majoritário da doutrina, na qual se posicionam no sentido de proibir os efeitos típicos de reconhecimento de paternidade ou maternidade nas situações em que estejam presentes os conhecimentos da ascendência genética, com exceção os impedimentos matrimoniais. Entre esses defensores fazem parte, Belmiro Pedro Welter (2002), Guilherme Calmon Nogueira Gama (2001) e Paulo Luiz Netto Lobo (2008).

Existe na opinião destes autores uma equiparação dos efeitos do conhecimento da origem genética aos efeitos da adoção, pois, ao se ter o conhecimento da origem genética, isso implicaria na imputação dos preceitos que emanam do Código Civil no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais contidos no artigo 1521, a igualdade dos filhos independente de origem disposto no artigo 1596 e por fim, o disposto que regula a adoção que está contida nos artigos 1626 e 1628 desta lei.

O direito ao conhecimento da origem genética não importa, além disso, em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva e apenas garante a certeza da

origem genética, a qual é de extrema importância para a pessoa que a busca, pois se trata de um direito da personalidade, intransferível e personalíssimo.

Defende este posicionamento, Lôbo (2004, p.4):

Por fim, o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano. A origem genética apenas poderá interferir nas relações de família como meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade, ou para contestá-la, se não houver estado de filiação constituído, nunca para negá-lo.

Em entrevista à Tribuna do Direito, Silmara Juny de Abreu Chinelato (2009, p.3), ao falar a respeito de sua tese de livre docência pela Universidade de São Paulo, destaca e defende em seu trabalho o direito à identidade genética, ou seja, "o direito de os filhos gerados por doação de gametas (óvulos e espermatozoides) conhecerem os pais biológicos, sem que o exercício deste direito importe em desconstituição de paternidade, nem menosprezo à paternidade socioafetiva"

Ainda, no que desperta uma inquietude com relação ao medo que sofreriam os pais socioafetivos com a possibilidade de o filho concebido por técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, buscar a sua origem genética, leciona a ilustre Silmara Chinelato (2009, p.3):

O 'direito à identidade Genética' não significa a desconstituição de paternidade dos pais socioafetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada 'desbiologização' da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o Direito de Personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame de tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.

Assim, Silmara Chinelato enfatiza que o ser nascido de técnicas heterólogas de inseminação artificial tem total direito ao reconhecimento de sua origem genética e que tal direito é personalíssimo, irrenunciável e imprescritível.

Destarte, se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá a qualquer tempo, haja vista a imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética sem que isto constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, por acaso formada, e sem que provoque quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético.

Assim, abordam esses artigos sobre adoção:

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.

Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Deste modo, esse posicionamento majoritário quis apoiar aquelas famílias formadas com base na socioafetividade, conferindo uma maior segurança jurídica para esses casos, daí não deverá haver nenhum vínculo, nem paternal, nem patrimonial, bem como direito sucessório entre a pessoa concebida por técnica medicamente assistida heteróloga e o doador de gametas.

Segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2005, p.97) "não há parentesco entre o doador do sêmen e o concebido, e, por razão maior, não há que se falar em obrigação ou dever alimentar entre eles".

Com isso, predomina o entendimento de não haver parentesco entre doador e a criança, mesmo quando esta venha a conhecer sua ascendência em sede de ação, o que importa a inexistência de qualquer vínculo jurídico, obrigando somente doador e criança concebida a satisfazerem aos impedimentos matrimoniais, ou seja, permanecendo os vínculos naturais.

4.3 OUTRAS VISÕES SOBRE QUAL AÇÃO CABÍVEL PARA O CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

No que tange a ação mais cabível para a propositura de conhecimento da origem genética, há a propagação do Habeas Data, como sendo o instrumento mais apropriado para tal finalidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXII, remete ao Habeas Data, dispõe:

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.

Como bem expresso, esta ação tem como propósito levar ao conhecimento do impetrante dados que dizem respeito a sua pessoa, que estejam

depositados em arquivos cujo órgão responsável pela sua guarda tenha se recusado a fornecer tais informações.

Entretanto, esta ação será cabível somente diante a Administração Pública, perante aos órgãos que tenham banco de dados de caráter público, então esses seriam as hipóteses das casas de saúde, dos bancos de sêmens e de embriões e dos profissionais que se responsabilizaram pelo procedimento médico referente às técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

Todavia, nas situações de procriação humana assistida heteróloga, a ação de Habeas Data não será a mais cabível, pois a própria Constituição Federal em seu inciso LXXII, artigo 5º dispõe claramente que há impropriedade de compatibilidade desta ação, haja vista que na busca por informações relativas à pessoa do impetrante, tem-se conjuntamente também, acesso a informações referentes ao doador, quebrando assim o seu sigilo, bem como estes dados não podem ser obtidos com o Habeas Data, pois esta ação tem caráter personalíssimo, não sendo permitida a revelação de informações de terceiros.

Na segunda parte da alínea “a” do dispositivo constitucional mencionado, mostra a exigência de que os arquivos façam parte “de registros de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. Esta deliberação estirpa completamente a propositura do Habeas Data, nas hipóteses em que os métodos de procriação humana assistida heteróloga são realizados em clínicas particulares.

Portanto, conclui-se que a ação de Habeas Data para obter-se o conhecimento da ascendência genética é imprópria, já que as informações requeridas também dizem respeito ao ser doador do material genético, bem como pela eliminação das clínicas de caráter privado, uma vez que a Constituição Federal faz menção apenas às entidades de caráter público.

Além da lei de Investigação de Paternidade nº 8.560/1992, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.616: “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade”; também se manifesta no sentido de estabelecer limites as implicações da Ação de Investigação de Paternidade, procurando não exceder a verdadeira finalidade buscada com este procedimento judicial.

Com isso temos que a decisão que proferiu a sentença de procedência da ação em questão, surtirá os mesmos efeitos a da ação de reconhecimento, entretanto, se acolhe e reconhece a necessidade de impor limites ao alcance destes efeitos, como já dito acima, que podem ser tanto de viés moral e aqui se tem como consequência principal a submissão dos filhos menores ao poder familiar, como também, de cunho patrimonial.

Portanto, é visível a olhos nus que essa ação não é a mais apropriada, por confundir dois institutos: paternidade, direito à filiação e identidade genética, direito à personalidade, ademais, nesta ação não será possível à propositura para a questão que se pauta na investigação da doadora de óvulos.

Aliado a isso, esta ação e o seu possível reconhecimento de paternidade, poderia surtir como efeito a desconstituição do vínculo parental socioafetivo já estabelecido, como mencionado anteriormente, sendo que esta não é a finalidade almejada.

Toda pessoa tem direito a identidade pessoal, direito este fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica. Como bem infere Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p.6):

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

Assim sendo, ao filho gerado artificialmente e ao filho adotado apenas seria possível o direito ao acesso às informações genéticas, o que significa dizer que em ação própria não se buscaria o estado de filho (para isso existe a ação de investigação de paternidade), tentando impugnar o vínculo jurídico estabelecido, mas, sim o direito ao conhecimento de sua origem genética.

Neste viés, recomenda Olga Krell (2011, p. 188):

É dado 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. Ao mesmo tempo, não caberia ao filho o direito de ingressar com ação para contestar a paternidade originária de reprodução heteróloga, sendo esta, privativa do marido da mãe, assim como ocorre nos casos de reprodução natural.

É pertinente, aduzir que se no futuro for reconhecido pelas leis brasileiras, a legalidade do conhecimento da ascendência genética para fins de cientificar o ser concebido por essas técnicas sua identidade pessoal, seus direitos de personalidade, e como também por questões de saúde e evitar relações incestuosas, não será mais necessária a propositura de uma ação judicial para tal fim, pois será uma obrigação por parte das clínicas de fertilização ser prestado as informações concernentes aos dados genéticos do ser mas, nunca, para ser mencionado informações no que diz respeito ao doador do material genético, por não ser esta a finalidade do conhecimento da origem genética.

CONCLUSÃO

No campo das técnicas de reprodução humana assistida, a chance de procriar em laboratório revolucionou todo o conceito de procriação até então prevalente, auferindo ao homem o poder de originar um semelhante, até então realizado através das vias naturais. Isto graças, como já foi mencionado, a evolução biogenética, da bioengenharia e ciência médica.

Os métodos de reprodução humana assistida surgiram no escopo de preencher a lacuna da impossibilidade de procriar naturalmente. Neste viés, tem-se a filiação biológica que é aquela constituída através dos laços consanguíneos no seio da família, e como também, existe a filiação não biológica que é aquela advinda pelos métodos de reprodução humana assistida, constituída pelos laços socioafetivos, no convívio familiar, lastreada pelo afeto, carinho e intuito de ter aquele ser gerado com as técnicas de procriação artificial como seu filho.

A reprodução humana assistida se subdivide em reprodução humana assistida homóloga que é aquela procriação artificial, mas que utiliza o material genético do casal e também tem a técnica da reprodução humana assistida heteróloga que é um método realizado em laboratório, no qual se tem o material genético de um terceiro estranho ao casal que doa, por um ato de caridade sem esperar qualquer benesse ou vínculo, a estas pessoas que não podem conceber um filho pelas vias naturais, assim, este ser gerado possui uma mãe biológica e um pai socioafetivo e será criado como se filho fosse, formando uma família construída e mantida pelos ligames socioafetivos.

Esses novos métodos dão uma maior independência para aquelas pessoas que querem constituir uma família, mas que não podem por algum motivo, conferindo-lhes uma real possibilidade de agarrar este sonho com a ajuda dessas técnicas, pois as mesmas estão amparadas pelo diploma legal, mais precisamente no Código Civil, no artigo 1597, com efeito, sendo uma expressão de liberdade constitucional estas novas práticas.

Ademais, o tema é protegido pelo princípio fundamental da Constituição Federal que é o princípio da dignidade da pessoa humana, que confere um protecionismo para todos os atores envolvidos nesta seara, sejam eles: a criança, os pais socioafetivos e como também o doador de material genético,

confirmando a obrigação da perpetuação ao respeito e proteção da integridade física e emocional das partes.

É dever de o Estado proteger a família em todas as suas formas, assim está dito na Lei 9.263/96 que dispõe sobre o planejamento familiar, os direitos iguais com relação a fecundidade não restringindo nenhuma forma de métodos de contracepção. Com efeito, hermeneuticamente, também estará protegida as técnicas de reprodução artificial, ademais, a mesma lei afirma que serão permitidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção e como consequência, inclui-se aqui, a reprodução humana assistida heteróloga, pois como a contracepção, o direito a concepção, seja ela natural ou artificial, está inserido no direito ao planejamento familiar.

O uso das técnicas de reprodução humana assistida deve ser ampliado a todas as entidades familiares, com inclusão para as famílias monoparentais, que são calcadas na afetividade, faceta esta do princípio da ampla proteção e do pluralismo que sobrevêm do texto constitucional.

Assim, tem-se a família monoparental que também é protegida pela carta magna, a qual não trouxe nenhuma distinção de gênero, podendo ela se formar por vontade unilateral. Assim, o indivíduo que quer constituir esta família, também poderá utilizar-se das técnicas de reprodução humana assistida para tanto, não sendo tolerada a discriminação destas, pois além da Constituição Federal que lastreia este tipo de família, também há o Estatuto da Criança e do Adolescente e aqui podemos inferir que não há o que se afastar o princípio do melhor interesse da criança; como também há o Código Civil de 2002 como dispositivo legal dando subsídio a este tema.

Sobre a reprodução humana assistida disciplinando a matéria, há a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que aborda a conduta dos médicos, introduzindo as Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida. Vale salientar que ela tem condão ético, por não possuir força de lei e por isso é que se faz urgentemente necessário a regulamentação jurídica deste tema.

Pontua-se também que o ser gerado pelas técnicas de reprodução humana assistida heteróloga tem direito ao conhecimento de sua ascendência

genética, por formar a própria identidade pessoal do indivíduo, sendo, pois, um direito da personalidade. Este direito a identidade genética é um direito personalíssimo, intransmissível e irrenunciável que está neste direito à identidade pessoal que se diferencia do estado de filiação.

Por certo que a filiação não biológica nada tem a ver com o direito de cada um de conhecer sua ascendência genética, até por que esse direito corresponde a um direito de personalidade, em contrapartida a um direito de família, que é o objeto do estado de filiação.

Nesta conjectura, ao decorrer de todo o trabalho, sobressaíram alguns entendimentos, que serão expostos a seguir:

- a) o ser gerado pelas técnicas de reprodução humana assistida heteróloga tem o direito de conhecer a sua identidade genética, pois é uma decorrência do exercício integral de seu direito de personalidade, que está protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.
- b) O doador de material genético que está embutido no processo de reprodução humana assistida heteróloga, apenas por contribuir com seus gametas sem fins lucrativos e também sem objetivo de ter qualquer vínculo com o ser gerado por estas técnicas, também tem o direito à preservação de sua identidade, com base no direito à intimidade, a proteção a sua intangibilidade física e no princípio da dignidade da pessoa humana.
- c) A ação de investigação de paternidade, nada tem a ver com o direito ao conhecimento da ascendência genética, uma vez que a primeira é para os casos de reprodução natural e a segunda é devida nas hipóteses de reprodução humana assistida, não importando desconstituição de filiação.
- d) O Estatuto da Criança e do Adolescente já conferiu apenas ao adotado, o direito ao conhecimento da origem biológica.
- e) O Conselho Federal de Medicina, já estipulou que é obrigatório o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões e também, não menos importante, dos receptores.
- f) O mesmo Conselho Federal de Medicina, também informou que o sigilo só poderá ser quebrado por motivações médicas, podendo ser fornecidas

- exclusivamente as informações destes para os médicos, com o intuito de mesmo assim, proteger a identidade civil do doador.
- g) Deste modo, em concordância com tal resolução, no decorrer da pesquisa, foi defendido que deverá sim, ser mantido o anonimato do doador de material genético, apenas podendo ser quebrado nos casos específicos em que haja perigo a saúde e para evitar tão somente relações incestuosas.
 - h) Assim, apenas nestas hipóteses particulares, as clínicas de fertilização, devem fornecer as informações, quanto ao genoma do ser concebido pelas técnicas de reprodução humana assistida, excepcionalmente para os médicos, resguardando, contudo, a identidade do doador.
 - i) Com efeito, ao proteger a identidade do doador, nestas situações especiais, não serão informados dados concernentes a endereço, RG, ou seja, nada, que identifique o doador, pois assim, desvirtuaria o propósito do conhecimento da ascendência genética.
 - j) Igualmente, ao se reconhecer o direito ao conhecimento da ascendência genética, apenas e tão somente nestas condições únicas, não se faria necessária o uso do judiciário para se pleitear a ciência quanto a esta informação, uma vez que já seria dever das clínicas de fertilização heteróloga, disporem destes dados genéticos, uma vez estando presentes os requisitos essenciais para tanto, quais sejam: o risco a saúde do ser gerado por estas técnicas, ou para evitar relações incestuosas; sempre respeitando a intangibilidade física do doador de material genético, blindando a sua identidade civil.
 - k) Ao ser legado o conhecimento da origem biológica, o ser que o procura é conduzido por motivos especiais que poderiam ser descritos como a preservação da saúde e da vida em casos de graves doenças genéticas, como também em saber se há impedimento para futuros casamentos, evitando relações incestuosas, e por fim, para suprir uma expectativa íntima e psicológica de conhecer sua história, seus antepassados.
 - l) Destarte, a aludida pesquisa defende o direito ao conhecimento da ascendência genética, unicamente nas situações em que esteja presente o risco à saúde do ser gerado por estes métodos ou se for vislumbrado um

perigo em constituir relações incestuosas, ou seja, que estejam presentes algum tipo de impedimento ao casamento. Uma vez comprovado estas hipóteses específicas, pode-se quebrar o anonimato na medida em que serão fornecidos pelas clínicas que efetuam a reprodução heteróloga, os dados genéticos e não outras informações que possam identificar o doador para, exclusivamente a outros médicos, resguardando a identidade civil do doador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 dez.1992.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2012.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 13 de julho de 2009. Dispõe sobre a Adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em 01 de set. de 2012.

Conselho Federal de Medicina. *Resolução de nº 1.957/2010*. Brasília-DF. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em 10 de junho de 2012.

Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em 01 de out. de 2012

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, v.1. Rio de Janeiro: renovar, jul./set. 1999.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 838, n. 94, p.87-100, agosto 2005.

ALMEIDA, Maria Cristina de. **Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos Polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

AHMAD, Roseli Borin Ramadan. **Identidade Genética e Exame de DNA**. Curitiba: Juruá editora, 2010.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato apud MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos Jurídicos da reprodução humana assistida**. Bioética e Biodireito. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 28 de março de 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BALAN, Fernanda de Fraga. **A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética.** DireitoNet, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/44/2544/>>. Acesso em: 29 de maio de 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da constitucionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. Ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.60.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade.** 2º tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate biológico.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional.** 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 01 de Abril de 2012.

CHINELATO, Silmara de Abreu Juny (em entrevista à Tribuna do Direito). In MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética.** Jus Navigandi, Teresina, a.6, n.55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2744/direito-a-identidade-genetica>. Acesso em: 26 de maio 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e o Direito a identidade genética.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

DROIT, De l'Ethique au. Apud. LEITE. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ENCICLOPÉDIA Jurídica Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez, 1998.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a necessidade de sua regulamentação.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade – Relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização. Curitiba: Juruá, 2009.

FREITAS, Juarez de. **Princípios fundamentais do direito administrativo brasileiro**: Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. **Direito de família brasileiro**: introdução -abordagem sob a perspectiva civil – constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> .Artigo publicado no site em 10.05.2003. Acesso em: 05 de set. de 2012.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e a filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. Ed. Tradução: José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo Oliveira. Os sete pecados do novo direito de família. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.94, n.833, p.66-81, mar. 2005.

_____. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Procriações Artificiais e o Direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.

_____. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>. Acesso em: 28 de maio de 2012.

_____. **Direito ao Estado de filiação e Direito à origem genética**. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica> . Acesso em: 01 junho.2012.

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. **Tratado de Ginecologia: 63. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial**. Rio de Janeiro: Revinter, 2000, vol. 1, p.585-587.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. **O direito à Identidade Genética do Ser Humano**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida – controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATIELLO, Fabricio Zamprogna. **Código civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2005.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELO, Albertino Daniel de. Filiação Biológica: tentando diálogo direito. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). **Grandes temas da atualidade – DNA como prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.5.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra, tomo IV, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Leitura Civil-Constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. Jus navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?ide=2744>. Acesso em 15 de set. de 2012.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2007.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 54, 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985. Acesso em 30 de maio de 2012.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Proteção de dados genéticos. In: SEMINÁRIO DE BIODIREITO E DIREITO AMBIENTAL DE CAIXIAS DO SUL. CD-ROM 2004.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da proporcionalidade – concepção grega de justiça como fundamento filosófico**: implicações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, Magna Guadalupe dos. Por uma constituição simbólico-jurídica sobre o nome do pai: aspectos dos direitos de filiação e paternidade. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte, nº 8, p.243-258, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana. São Paulo: LTr, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3º Turma. Recurso especial. 127.541/RS. Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Decisão unânime. Brasília, 10.04.2000, DJ 28.08.2000 p.72. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 15 de out. de 2012.

WELTER, Pedro Belmiro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. 2. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.