

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA:
MANUTENÇÃO DO SIGILO QUANTO A IDENTIDADE DO DOADOR *VERSUS*
DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA NA PERSPECTIVA
BRASILEIRA, ARGENTINA E URUGUAIA.**

**ASSISTED HUMAN REPRODUCTION:
MAINTAINING SECRECY ABOUT THE IDENTITY OF THE DONOR FRONT THE
RIGHT TO KNOWLEDGE OF BIOLOGICAL ORIGIN IN THE PERSPECTIVE OF THE
BRAZILIAN, ARGENTINE AND URUGUAYAN LAW.**

Pedro Henrique Menezes Ferreira¹

Resumo

Considerando que o conhecimento da origem genética integra o rol dos direitos da personalidade do concebido mediante o emprego das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, bem como que para a prevalência de tal direito não se faz necessário a quebra do sigilo quanto a identidade civil do doador de gametas, deve-se privilegiar a manutenção do anonimato do doador, rechaçando a existência de qualquer vinculação jurídica entre o concebido e o terceiro que voluntariamente dispôs de seu material genético. Tal orientação encontra amparo na Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, na Lei 26.862 da República Argentina e na Lei 19.167 da República Oriental do Uruguai. Restando analisada a regulamentação legal dos países vizinhos, resta clara a necessidade de que também no Brasil a reprodução humana assistida esteja amparada por lei.

Palavras-Chave: Reprodução assistida. Doação de material genético. Anonimato.

Abstract

Whereas knowledge of genetic origin integrates the role of the personality rights of the conceived through the use of Heterologous assisted human reproduction techniques, as well as that for the prevalence of such right is not necessary to break the secrecy as the civilian identity of the gamete donor, one must focus on maintaining the anonymity of the donor, having rejected the existence of any legal binding between the designed and the third who

¹ Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor de Direito Civil e de Direito Processual Civil no Centro Universitário UNA e na Faculdade Anhanguera. Contato: pedro.ferreira@prof.una.br

willingly had his genetic material. Such guidance is amparo on 20132013 Resolution of the Federal Council of Medicine, in the law of the Republic Argentina 26,862 and in Law of the Oriental Republic of Uruguay 19,167. Remaining legal regulations examined from neighbouring countries, it remains of course that in Brazil the assisted human reproduction is protected by law.

Keywords: Assisted reproduction; Donation of genetic material; Anonymity.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da ciência, e, sobretudo da biotecnologia aplicada à concepção humana, embora tenha pormenorizado o drama da infertilidade, e permitido através do exame de DNA que se alcançasse uma certeza em torno da filiação biológica, representou o advento de inúmeros questionamentos no que se refere aos laços familiares derivados da filiação.

No que concerne à reprodução humana assistida heteróloga, polêmica maior se instala, posto que, sua realização depende da doação de material genético de uma terceira pessoa que, em respeito ao disposto nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, deverá ser estranha ao núcleo familiar dos sujeitos que buscam o emprego da técnica de R.H., devendo-se preservar o sigilo quanto a sua identidade.

O problema coloca-se então em verificar se a prevalência do anonimato do doador de gametas fere o direito ao conhecimento da origem genética do concebido, como parte integrante dos direitos de personalidade. Para tanto, haver-se-á de proceder um estudo sistemático do instituto da filiação, bem como dos requisitos/elementos necessários a sua configuração.

Elucidado o contexto em que a reprodução humana assistida poderá ser empregada, partir-se-á para uma análise comparada da regulamentação brasileira para a matéria frente à legislação da Argentina e do Uruguai. Por último, verificar-se-á pertinência de uma ordenação legal para a reprodução humana no contexto brasileiro.

2. FILIAÇÃO

2.1 Origem e diferentes funções ao longo do tempo

O conceito de família, ao longo da história da humanidade e em suas diferentes concepções, esteve sempre relacionado à necessidade/desejo de procriar.

A concepção de um filho, que no Direito Romano antigo era motivada exclusivamente pela necessidade da perpetuação do fogo sagrado e do *pater família*, apresenta-se agora como um complemento da vida conjugal, uma forma de exercício da solidariedade e de realização pessoal. Ou seja, como anseio daqueles que buscam no exercício da paternidade/maternidade o desenrolar de laços de zelo, amor, carinho e proteção para com alguém que provêm de si ou que foi inserido no seio familiar por diversas maneiras. O ideal em torno da filiação, bem como os laços jurídicos atinentes a tal instituto, nem sempre foram únicos ou mesmo se mantiveram uniformes. Estes, assim como todo fenômeno de cunho social, se moldaram conforme as mudanças da humanidade, recebendo forte influência, sobretudo da religião.

O modelo de organização familiar originário tomou por base a família romana, sobre a qual Juliane Queiroz assim afirmou:

O princípio norteador dessa família nunca se embasou no afeto natural, mas, antes, na religião do fogo sagrado e no temor ao poder dos antepassados. A chefia a estrutura foi centrada no poder paterno ou no marital, montando-se essa instituição que era primordial na manutenção da família e, por consequência, da religião. (QUEIROZ, 2001, p. 7).

Entende-se então a relevância da procriação para o instituto do casamento no direito romano antigo, sendo certo que a religião do fogo sagrado fez da continuidade da família o primeiro e o mais sagrado dos deveres do matrimônio o de se conceber filhos – no casamento - era tamanha a ponto de determinar, inclusive, as responsabilidades do homem para com a sua prole.

Tal fundamento explica o fato de a infertilidade ter sido, durante a antiguidade, a única causa autorizadora da dissolução do casamento, sendo certo que esse ‘mal’ sempre haveria de ser atribuído à mulher.

A situação aqui relatada resta comprovada pelos registros históricos do império romano, referenciados na obra de Fustel de Coulanges, que dão conta da separação de *Carvílio Ruga*, membro de nobre família romana, que embora amasse fortemente sua esposa e

estivesse plenamente satisfeito com sua conduta da mulher, sacrificou seu sentimento em favor de sua crença, já que sua companheira não poderia lhe dar os filhos prometidos quando da celebração do matrimônio.

A infertilidade feminina era motivo suficiente a autorizar a dissolução do laço conjugal, ao passo que a infertilidade masculina, embora pouco noticiada à época, resultava apenas em imposição para esposa, que seria obrigada a manter relações sexuais com parentes do marido a fim de conceber um herdeiro que, vindo a nascer, estaria vinculado à autoridade familiar do cônjuge como se dele tivesse provido.

O nascimento, além de representar a perpetuação do culto, assinalava a inserção do filho na órbita do poder do chefe familiar, qual seja, o homem. Assim como a esposa, os descendentes eram tidos como incapazes, sendo que a referida ‘incapacidade’ cessaria para os homens com a formação de sua própria família e seria perpétua para as mulheres, que ao se libertarem do poder do pai, estariam vinculadas ao poder familiar de seu esposo.

O enfraquecimento da religião doméstica e o advento de novas crenças, como o cristianismo, implicaram em inúmeras transformações na concepção da família e, em decorrência, na filiação.

No que tange a tais transformações, há de ser recorrer a Max Kaser no seguinte ponto:

Atenuando-se cada vez mais as fortes vinculações que unem a família como associação jurídica, consolidada sob a direção monocrática do *paterfamilias*, a partir da República e ainda mais nos princípios do Império (supra § 12 III), perde também relevo o parentesco agnático, fundado na pertença às associações familiares (supra § 12 I 2e). Em seu lugar ganha cada vez mais importância o parentesco de sangue (cognátio), independente da relação naquela associação. Este parentesco desprendido das relações de poder manifesta-se em múltiplos deveres de lealdade e protecção, pelos quais, p. ex. os pais (em geral) não podem ser demandados pelos filhos em tribunal, pais e filhos não podem testemunhar uns contra os outros, etc. Na época pós-clássica estas limitações aumentam, por motivos cristãos. (KASER, 1999, p. 349).

Restando compreendido o desenvolvimento da concepção da filiação ao longo do período antigo, mister é que se busque a elucidação de tal instituto ante ao paradigma contemporâneo.

2.2 Estado de Filiação

Tendo vislumbrado a origem bem como os laços históricos envolvidos na concepção da filiação, faz-se pertinente a compreensão do que a doutrina moderna tem entendido por estado de filiação. Para tanto, é singular a noção prévia de que o termo filiação exprime, ordinariamente, a relação estabelecida entre o filho e aqueles que o geraram, sendo que o termo gerar deve ser entendido em sentido amplo, haja vista que a possibilidade de estabelecer o parentesco vai além do ato de concepção natural.

Se na antiguidade o conceito básico de filiação se relacionava intimamente com laços biológicos, é certo que o avanço do direito permitiu que tal relação se originasse de critérios além da consangüinidade. Não seria prudente o estabelecimento de laços que pautassem apenas em liames genéticos. É cediço e há muito positivado a igualdade da prole, quer seja ela originada do matrimônio ou não, quer tenha vínculo de sangue ou seja fruto de adoção.

Se não bastam tais considerações, a análise da Constituição Federal de 1988 é suficiente a sanar qualquer dúvida a respeito. Veja-se a disposição do artigo 227, parágrafo 6º do referido texto: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*” (BRASIL, 1988).

Destarte tal disposição tem-se Paulo Luiz Neto Lôbo:

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. (LÔBO, 2003, p.2).

A partir de tal concepção tem-se uma visão mais ampla e abrangente dos laços de filiação ao ponto que se opera um avanço em meio a uma cultura cientificista que vangloria a certeza dos vínculos genéticos conhecidos a partir da difusão do exame de DNA.

Restam-se descaracterizadas quaisquer distinções acerca das formas de concepção da filiação. Há de se compreender o estado de filiação como sendo único de cada pessoa, de natureza sócio-afetiva, pautado e formado unicamente por laços afetivos que se desenvolveram na constância de uma relação familiar estável e duradoura, independentemente da referida relação ter se originado ou não de vínculos sanguíneos (LÔBO, 2003, p. 3).

Na busca por uma definição justa e social de ‘Estado de Filiação’, não parece existir outra mais apropriada senão a apresentada pelo já citado Professor Paulo Luiz Neto Lôbo, que desenvolve a seguinte concepção:

Filiação é o conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra, ou adotada, ou vinculada

mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. (LOBÔ, 2009, p. 195).

Percebe-se então, que a determinação do estado de filiação passa por fatores externos a 'tão-somente genética'. Trata-se de uma conjugação de fatores, dentre os quais a afetividade e convivência familiar duradoura, que se presentes, serão suficientes a sustentar o vínculo e a determinar a paternidade/maternidade de um ser.

Resta esclarecer que, sendo resultado do estabelecimento de laços subjetivos, o estado de filiação não é perpétuo, mas ao contrário, é variável conforme a alteração da situação que o ensejou. Nem mesmo os laços sanguíneos serão capazes de fazer perpetuar uma paternidade que não esteja amparada pelo afeto recíproco e pelo adimplemento do dever de assistência e amparo.

3.3 Paternidade e Maternidade.

É cediço que a filiação exprime primeiramente a existência de dois vínculos, quais sejam: a paternidade e a maternidade. Como há muito se construiu, ninguém nasce do nada e nem se origina do desconhecido. Independentemente da forma de estabelecimento do estado de filiação é primordial que se averigüe a presença de tais institutos, ou ao menos, nas raras exceções, a prevalência de um destes.

Paternidade e maternidade designam a relação de parentesco que vincula o 'filho' a seus 'pais'. Trata-se de vínculo jurídico consubstanciado de feições afetivas que ligam o 'ser concebido' àqueles que originaram a referida concepção ou ainda àqueles que por motivos externos não foram capazes de gerar, mas que desejaram sua introdução no seio familiar.

Tradicionalmente a referida concepção parece derivar de um histórico social que considera o 'filho' como produto da união dos gametas de seus genitores, haja vista que, conforme concebeu o Professor Zeno Veloso "toda pessoa que nasce, biologicamente, sempre tem pai e mãe. Nem sempre, todavia, o vínculo jurídico da filiação está estabelecido" (VELOSO, 1997, p. 13).

Ao contrário do que ocorre com a paternidade, a definição da maternidade nunca gerou grandes polêmicas, tal fato deve-se à prevalência de uma antiga construção Justiniana

que estabelecia que ‘a mãe é sempre certa’². A referida presunção em relação à mãe derivava dos sinais exteriores que o estado gravídico implica na mulher. Ocorrências como o parto e o ato de amamentar eram suficientes a atribuir o filho àquela que lhe deu a luz no momento do parto.

Ainda que sobrem elementos configuradores do vínculo maternal, faltam os que seriam viáveis a indicar seguramente o pai. Acerca de tal necessidade, várias foram as construções e concepções que buscaram estabelecer os vínculos inerentes ao ato concepcional. Tal busca, resultou na presunção que estabeleceu que “o pai é o marido da mãe”³. Com tal construção, buscou-se solucionar o problema da definição da paternidade dos ditos ‘filhos legítimos’, os quais eram concebidos na organização familiar originada pelo matrimônio.

Ocorre que tais disposições não responderam a todos os questionamentos acerca da filiação. Restava agora a busca por um método capaz de indicar a origem genética dos até então ‘filhos ilegítimos’, ou seja, originados em relações exteriores ao casamento.

Há de se ressaltar que a dita presunção parental pauta-se no ideal da monogamia e da fidelidade. Se considerarmos que a figura do adultério é algo inerente à história da humanidade acabar-se-á por perceber que por diversas vezes imputou-se um ‘vínculo sanguíneo’ que de fato não existiu. A questão está, então, além da busca por uma verdade genética, mas sim na necessidade de se estabelecer os laços decorrentes da filiação.

Tem-se, portanto que na pós-modernidade, podemos definir como filho todo ser gerado de forma natural ou mediante o emprego de técnicas de biotecnologia, de reprodução artificial medicamente assistida, que pertence ao núcleo familiar, equiparados entre si por força do art. 227, § 6º da CF, que veda qualquer designação discriminatória no tocante à filiação, prevendo a legitimidade de todos os filhos, independentemente de serem fruto do casamento ou não, ou mesmo independentemente da forma de sua geração. (MALUF, 2013, p. 478).

Restando analisados os laços familiares atinentes à filiação, é pertinente a compreensão de que a similaridade sanguínea não é o fator preponderante no estabelecimento da relação filial. Tal aspecto parece ser sim, um complemento que, somado a outros fatores, poderá indicar o estabelecimento do estado de filiação.

² *Mater semper certa est* – Digesto de Justiniano, 2,4,5 – citado por QUEIROZ, 2001, p. 36.

³ *Pater is est quem nuptiae demonstrant* – citado por Queiroz, 2001, p. 37.

3. DA FILIAÇÃO DECORRENTE DO EMPREGO DA BIOTECNOLOGIA

O desejo milenar em torno da procriação estimulou e impulsionou as inovações científicas no que se refere às técnicas artificiais de reprodução humana. Tal fato fez com que, sobretudo a partir do século XVI, fosse iniciada uma série de pesquisas tecnológicas com o escopo de encontrar soluções viáveis ao problema da infertilidade.

Acerca do processo evolutivo pelo que passaram as técnicas de inseminação artificial, cumpre transcrever Cimon Hendrigo Burmann de Souza:

Desde a descoberta do gameta masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo), passando pelos estudos da embriogênese e chegando até as técnicas de fecundação *in vitro*, a humanidade acumulou tal quantidade de conhecimentos que possibilitaram maior domínio e intervenções corretivas e substitutivas da reprodução humana. Assim, o âmbito humano, mais envolto em mistério e reservado absolutamente a Deus, foi sendo desvendado e controlado pelo engenho humano. O desvendamento dos processos gerativos e as técnicas de inibição, correção e substituição da reprodução natural deram tal controle sobre a procriação humana que a mulher pode decidir se quer ou não ter filhos, em que momento os quer gerar, a quantidade de filhos que deseja, o modo como serão gestados e, no futuro, até o sexo e as características. Esses conhecimentos e práticas foram sendo colocados primeiramente a serviço do desejo de evitar o filho (técnicas anticonceptivas) e, posteriormente, também a disposição do desejo de gerar o filho (técnicas de procriação assistidas). (SOUZA, 2003, p. 63 e 64).

Se é a infertilidade a grande ensejadora do referido avanço, relevante é a busca de uma definição segura de tal termo. Por infertilidade deve-se entender a incapacidade de um casal de conceber, sem uso de medidas contraceptivas, após um ano de relacionamento sexual. (QUEIROZ, 2001, p. 67).

As técnicas de reprodução humana assistida devem desempenhar uma ‘função auxiliar’ na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação para aqueles que encontram-se impedidos fazê-lo pelos mecanismos naturais. Ao menos é esta a orientação constante dos princípios gerais da Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina os quais estabelecem que

as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. 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, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos. (BRASIL, 2013).

Ante a referida percepção, resta demonstrado que a inseminação artificial consiste em um “conjunto de operações para unir artificialmente os gametas femininos e masculinos,

dando origem a um ser humano, que poderá dar-se pelos métodos ZIFT e do GIFT” (DINIZ, 2012, p. 551) ou ainda, agora na concepção de José Jairo Gomes, tal fenômeno ocorreria “*com a introdução do espermatozóide diretamente na cavidade uterina. Portanto, a fecundação do óvulo se dá no organismo, porém por força da intervenção externa*” (GOMES, 2005, p. 145).

Tendo restado elucidado, ainda que superficialmente, o advento e a definição das técnicas de reprodução humana assistida, deve-se passar a análise das modalidades técnicas mais pertinentes ao objeto de pesquisa deste estudo.

3.1 Fertilização *in vitro* (FIV)

Por fecundação *in vitro* tem-se o processo através do qual um óvulo é retirado do ovário feminino, e estando em meio externo, é submetido à fertilização por espermatozóide que poderá advir de seu marido/companheiro ou se originar de “bancos” de sêmen.

Ocorrendo o referido processo, o embrião resultante da união dos gametas, será implantado no útero materno por mecanismo artificial a fim de que se dê início ao período gestacional.

A utilização da técnica do FIV remonta ao início do século XX quando seus experimentos e utilização se restringiam a esfera animal. Foi somente em 1969 que a ciência conseguiu obter embriões humanos por fecundação com expectativa de reprodução e possibilidades reais de vida. O marco de tal método se deu no ano de 1978 com o nascimento da inglesa Louise Brown, primeiro ser humano gerado através de FIV. A referida conquista possibilitou que em 7 de outubro de 1984 a comunidade médica de nosso país anunciasse o nascimento da primeira brasileira fruto de uma inseminação artificial. (QUEIROZ, 2001, p. 74).

Além do que se imagina e do que há muito se difunde, a fertilização *in vitro* não se restringe aos atos de fertilizar e implantar o óvulo fecundado no útero materno, ao contrário, consiste em uma ordenação de fases que vão desde o tratamento hormonal até a cultura de embriões.

Na concepção da Professora Maria Helena Diniz tem-se que:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada de óvulos da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião

em seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião. (DINIZ, 2006, p. 552).

Embora a FIV seja uma das técnicas de procriação artificial mais populares e difundidas, a sua utilização gera uma série de inconvenientes, dentre esses, destacam-se o alto custo de implementação e a produção de embriões excedentários, que além de acarretaram grande despesa para a conservação, geram uma incerteza quanto ao número de ‘fetos’ que poderão se originar quando da alocação na cavidade uterina materna. (QUEIROZ, 2001, p. 75).

A percepção de incertezas quanto à fertilização *in vitro* incentivou e estimulou o aperfeiçoamento de tal técnica, acarretando em consequência, na formulação de novas técnicas de procriação artificial sendo elas: Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides (ICSI)⁴ e Transferência Tubária de Gametas e Embriões que se apresenta em três variações sendo elas a Transferência de Gametas para as Trompas (GIFT)⁵, Transferência Tubária de Embrião (TET)⁶ e a Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT)⁷. sugiro que não coloque os termos em inglês como notas de rodapé, coloque depois das siglas, pois o edital do conpedi diz que serão admitidas apenas notas de rodapé explicativas.

3.2 Inseminação Artificial Homóloga

Como visto, a inseminação artificial consiste basicamente na injeção mecânica de sêmen na cavidade uterina feminina. Para tanto, há que se observar fatores como fertilidade e possibilidade de fecundação.

Ter-se-á também inseminação artificial quando por fatores inerentes a saúde materna, a mulher não for capaz de produzir óvulos com perspectiva de se transformarem em um embrião. Neste caso não se falará tão somente da injeção do gameta masculino, mas também na combinação extra-uterina de materiais genéticos que possibilitarão em uma posterior implantação no órgão gestacional.

⁴ *Intracytoplasmatic sperm injection.*

⁵ *Gametha Intra Fallopian Transfer.*

⁶ *Tubal embryo transfer.*

⁷ *Zigot Intra Fallopian Transfer,*

Assim, a inseminação artificial poderá se dar de duas formas completamente distintas, variando de acordo com a origem dos gametas empregados a serviço da técnica de concepção.

Será homóloga a inseminação artificial que se vale dos óvulos e espermatozóides dos próprios envolvidos no processo gestacional, ou seja, embora a técnica seja medicamente assistida, o material manuseado é originado dos pais, o que possibilita o estabelecimento de uma identidade entre os doadores e o concebido. (QUEIROZ, 2001, p. 77).

Trata-se de método científico que utiliza material oriundo dos pais, possibilitando a continuidade de uma linhagem consangüínea hereditária. Tal fato impede que se formem acerca de tal técnica, relevantes questionamentos sociais e jurídicos, haja vista a possibilidade de se investigar e estabelecer seguramente a origem genética do indivíduo resultante de tal procedimento.

Acerca das referidas definições, salutar é a análise do posicionamento do Professor Zeno Veloso:

Quando o óvulo da mulher recebe o espermatozóide do próprio marido ou companheiro, dá-se a inseminação homóloga, ou fecundação homóloga. Esta espécie não enseja problemas jurídicos, já que o material genético utilizado é do próprio casal. (...) A inseminação heteróloga ocorre quando o embrião é constituído pelo óvulo da mulher e sêmen de terceiro. (VELOSO, 1997, p. 150).

Sendo na mesma linha o entendimento de Maria Helena Diniz:

Ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc. Será homóloga se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material fecundante for de terceiro que é doador. (DINIZ, 2006, p. 556).

Destarte a inseminação artificial homóloga não gerar relevantes controvérsias, a modalidade heteróloga parece ser uma previsão legal “recheada” de dúvidas e questionamentos, sendo, portanto, o objeto de análise do próximo item e a temática central do presente estudo.

3.3 Da Inseminação Artificial Heteróloga

Sendo cediço que a inseminação homóloga é aquela realizada com a utilização de material genético dos pais, a inseminação artificial heteróloga consiste em técnica medicamente assistida através da qual a fecundação é possibilitada por meio da utilização de material genético de terceiro, estranho à esfera íntima e familiar do casal ou da mulher que busca o estabelecimento de sua gestação.

Trata-se então de novidade colocada a serviço da ciência e muito debatida pelo direito, haja vista que a introdução da referida modalidade acarretou em um desmembramento da concepção de paternidade, fazendo emergir novos vetores jurídicos além da consangüinidade que sejam capazes de indicar o estabelecimento da paternidade por fatores além do biológico.

No que se refere às técnicas empregadas, a inseminação artificial poderá ser realizada de quatro formas: com o material genético fornecido por um doador; mediante a cessão temporária de útero (gestação em substituição); acessível à mulher sozinha; acessível aos casais homoafetivos (MALUF, 2013, p. 543).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso V, presume serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido.

Realizado o procedimento da inseminação artificial heteróloga, o conflito de prerrogativas passa a ser emergente. É que, ocorrendo a interferência de terceira pessoa no núcleo familiar, passa-se a questionar uma série de direitos decorrentes da personalidade humana, tal como o direito ao conhecimento da origem biológica, direito esse positivado no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Advindo a filiação mediante o emprego do método em análise, deve-se deixar claro que a mesma constitui-se não por um vínculo biológico entre o filho e aqueles que desejaram a concepção, mas sim por um liame socioafetivo e, sobretudo, moral.

4 DIREITO AO CONHECIMENTO A ORIGEM GENÉTICA E O DIREITO DA PERSONALIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, ARGENTINA E URUGUAIA.

4.1 Da classificação do direito ao conhecimento à origem genética enquanto direito da personalidade.

A expressão pessoa deriva do latim *persona*, do verbo *personare* que, de início, significava a máscara usada pelos intérpretes no teatro, e depois, em uma derradeira concepção, passou a significar o próprio indivíduo em comunhão sócia-política com a sociedade e o Estado.

Já por personalidade, deve-se entender o envoltório humano que dá ao homem o *status* de pessoa, e o permite, no âmbito de sua particularidade, exercer suas prerrogativas e impor sua vontade ante as imposições do poder estatal no qual ele está submetido. A personalidade é um conjunto de valores fundamentais, os quais são colocados à proteção do Estado para que a pessoa humana consiga se fazer distinguir e reconhecer em seu ambiente social. (GOMES, 2005, 137 e 139).

Muito embora haja uma diversidade de expressões colocadas com o escopo de denominar o que se entende por ‘direitos da personalidade’, quais sejam: direitos essenciais da pessoa, direitos subjetivos essenciais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais, direitos personalíssimos e direitos pessoais, é pacífico que a diversidade das denominações refere-se basicamente ao conjunto de atributos e características essenciais ao desenvolvimento e à dignidade humana.

Neste passo tem-se na concepção de Lídia Souza de Paula Pinto, que “os chamados direitos da personalidade como categoria dos direitos fundamentais expressam os mesmos direitos fundamentais, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, proteção contra outros homens” (2007, p. 50).

Tem-se então que por direitos da personalidade deve-se entender o conjunto de atributos da pessoa humana, positivamente protegidos, através dos quais se assegura ao indivíduo o exercício pleno de sua particularidade e o gozo da dignidade humana.

São, pois nas palavras de Gustavo Tepedino (2004, p. 24) “direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”. Deve-se conceber então como direito da personalidade a conjugação de faculdades, atributos e concepções necessárias ao pleno desenvolvimento das faculdades humanas bem como da realização da finalidade individual buscada por cada ser no desenrolar de sua existência.

Consorte de perceber da conceituação de direitos da personalidade, mais vago e subjetivo não poderia ser o apontamento das 'atribuições ou características' que compõem o referido rol normativo.

Muito embora a doutrina e a jurisprudência apontem em sua maioria o direito da personalidade como sendo direito de ter tutelado a prevalência da vida, liberdade, família, integridade física e psíquica, dignidade humana, intimidade e honra, a realidade social alinhada a complexidade humana acarreta em uma expansão constante dos direitos da personalidade e em decorrência, nos acréscimos de novos institutos no referido rol normativo.

Deste feito, a questão posta está em analisar a prevalência do direito ao conhecimento da origem genética enquanto componente do rol dos direitos inerentes à pessoa humana. Há de se analisar a busca da ancestralidade enquanto exercício e prerrogativa inerente à espécie humana de modo a identificar a sua prevalência, sobretudo no que se refere àqueles gerados por meio da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, na modalidade heteróloga.

De início é de se estabelecer que o direito que cada pessoa possui de conhecer a sua origem genética é permissivo legal que se origina sim do rol dos direitos da personalidade e não do direito de família como pode parecer.

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 a prevenção da própria vida. (LÔBO, 2009, p. 206).

Nesta concepção, resta evidenciada a pretensão de se fazer uma distinção entre os objetivos ensejadores da busca pela ancestralidade biológica de modo a demonstrar que a garantia de tal direito deverá se dar sem que isto tenha o condão de estabelecer uma relação de paternidade entre aquele que busca sua origem genética e o terceiro ligado a si por liames puramente biológicos.

De tal sorte, resta demonstrado que é o direito à ancestralidade um dos componentes do rol dos direitos da personalidade, mas, no entanto, a referida construção jurídica não poderá jamais ser invocada a fim de estabelecer um novo estado de filiação a quem já o possui.

Acerca de tal ponto tem-se que:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a *fortiori*, da vida.

Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. (LÔBO, 2006, p. 33).

Conforme se viu, parece ser a necessidade de se traçar um histórico de saúde familiar o único aspecto a ensejar o deferimento da busca pela ancestralidade biológica de um ‘filho’ concebido através de técnicas heterólogas de reprodução assistida”. Tal fato é motivado pela concepção unitária do estado de filiação pela qual, estando o investigante ligado a um núcleo familiar, independentemente de esta ligação ter se dado por origem genética ou afetiva, não há que se permitir o estabelecimento de novos laços de filiação e paternidade.

Neste sentido, mais apropriada não poderia ser a concepção do já mencionado autor Paulo Luiz Netto Lôbo, que se referindo a uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em 1997, estabelece que:

Ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral da personalidade mas sem relação de parentesco ou efeitos de família *tout court*. (LÔBO, 2009, p. 32).

Parece haver uma tendência em se majorar a proteção das famílias que se estabeleceram independentemente da existência de laços sanguíneos, de tal sorte que, ainda que o conhecimento da origem biológica constitua um direito da personalidade do investigante, este somente poderá exercitá-lo com a finalidade de ter elucidado o histórico de saúde de seus ancestrais, não podendo de forma alguma pretender estabelecer relações que extrapolem tais circunstâncias e que tenham por escopo desconstituir um estado de filiação já estabelecido em uma convivência familiar duradoura.

4.2 Direitos e deveres derivados da concepção viabilizada por técnicas de reprodução humana assistida na modalidade heteróloga.

É cediço que o estabelecimento da filiação é fato jurídico suficiente a instaurar uma relação de reciprocidade de direitos e deveres para com aqueles envolvidos no processo de concepção.

No passado, o advento da prole se dava tão somente através da conjunção carnal estabelecida entre o ‘pai e a mãe’. Já na contemporaneidade, a ciência fez emergir novas técnicas conceptivas que acabaram por introduzir uma ‘terceira pessoa’ na relação ora

analisada: o do doador de material genético. Ele, por se inserir na relação jurídica, possibilita a procriação.

Sendo pacífico no texto legal bem como na jurisprudência os deveres dos pais para com seus filhos, a questão se coloca então na análise da possibilidade ou não de se estabelecerem direitos/deveres do terceiro doador de sêmen para com o filho fruto da utilização de técnicas de reprodução humana assistida. inseminação. Para tanto, partir-se-á da análise da regulamentação brasileira, Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina; da Lei 26.862/2013 – Lei Nacional de Reprodução Humana Assistida -, sancionada pelo Senado e pela Câmara dos Deputados da República Argentina em 7 de junho de 2013; e da Lei 19.167/2013, aprovada pelo Senado e pela Câmara de Representantes da República Oriental do Uruguai em 12 de novembro de 2013.

Conforme se percebeu alhures, as técnicas de reprodução humana assistidas com uso de material genético de terceiro é viabilizada por um ato volitivo do doador de gametas que, agindo sob proteção do anonimato, possibilita a viabilização de uma gravidez antes impedida pela infertilidade ou pela impossibilidade física da concepção.

A expressão da vontade é um ato que constitui e configura as relações jurídicas. Faz-se necessária a análise da motivação do ‘terceiro’ quando da efetivação da doação. Ao contrário do que ocorre em uma gravidez originada pela cópula sexual, em que os pais desejam ou ao menos assumem o risco da concepção, a doação de gametas não pode ser encarada como uma assunção dos riscos de ser pai ou mãe, isto porque no momento da doação, o doador não tem nem mesmo a certeza necessária de que seu material genético será de fato utilizado para a concepção.

Falta então a prevalência de um dos requisitos legais a estabelecer a relação jurídica ora apresentada, qual seja, a vontade ou pelo menos o risco de se estabelecer de fato a filiação. Ao contrário do que ocorreria em uma concepção natural, o objeto da doação de gametas para fins de procriação ou de estudos científicos é tão somente uma abdicação voluntária de sêmen ou de óvulo que é motivada por uma medida de filantropia e generosidade, e que nos ditames da Resolução 2013/2013 do C.F.M., deverá ser protegida pelo anonimato. (QUEIROZ, 2001, p. 140). Se não resta configurado o requisito da vontade, parece ser inviável que se estabeleça uma relação jurídica entre o concebido e o doador.

O artigo 14 da Lei Uruguaí é claro ao afirmar que “*a doação de gametas não gera qualquer vínculo de filiação entre os doadores de gameta e o concebido, que não possuirão entre si qualquer tipo de direitos e obrigações*”⁸ (tradução nossa).

Em igual sentido é a orientação constante da Lei Argentina que assim dispõe em seu artigo 19 “*as pessoas nascidas mediante técnicas de reprodução humana assistida com a utilização de gametas doados por terceiros, em nenhum caso poderão reclamar aos doadores os direitos decorrentes da filiação, não existindo qualquer vínculo jurídico entre eles, exceto para os fins de impedimentos matrimoniais, nos mesmos termos que para a adoção plena.*”⁹

Sendo certo que a Resolução 2013/2013 do CFM não tratou dos vínculos estabelecidos entre o doador e o concebido mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga, acredita-se que o melhor posicionamento é o que sustenta a inexistência de qualquer laço jurídico entre tais sujeitos.

Não obstante ser esse o posicionamento majoritário na doutrina acerca do tema, alguns autores vislumbram nesse campo a coexistência de uma ‘dupla paternidade ou maternidade’ que seria motivada pela improcedência em se estabelecer a paternidade/maternidade tão somente ao pai/mãe biológico(a) ou ao pai/mãe afetivo(a), que ao contrário do anterior, desejou e motivou a procriação através de mecanismos artificiais. Trata-se de uma tentativa de preservar tanto a verdade biológica quanto a verdade afetiva. A teoria da dupla paternidade é reforçada por Alberto Silva Franco, sendo por este assim concebida:

Nesse contexto não se pode perder de vista a ocorrência da ‘dupla paternidade’, ou seja, a existência de um pai genético e de um pai legal. Se não bastasse, há ainda a ser objeto de consideração a situação do filho gerado: a necessidade de explicitação das relações que devem existir entre o filho e pai legal ou entre o filho e o pai genético. (1988, p. 18)

Exposto tal posicionamento, deve-se sustentar ser inviável a referida concepção, haja vista a unicidade do estado de filiação e a improcedência de se estender a relação filial que comporta tão somente os pais e sua prole. É também neste sentido a concepção desenvolvida por Queiroz:

⁸ Artículo 14 (ausencia de vínculos filiatorios): La donación de gametos no genera vínculo filiatorio alguno entre los donantes de gametos y el nacido, quienes tampoco tendrán entre sí ningún tipo de derechos ni obligaciones.

⁹ Artículo 19: Las personas nascidas mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con la utilización de gametos aportados por terceros, en ningún caso podrán reclamar a los aportantes derechos vinculados a la filiación, no generándose vínculo jurídico alguno entre ellos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

Não se pode concordar com a existência de dupla paternidade, genética e legal. Não podem existir, concomitantemente, duas paternidades, pois o liame que vincula filho e pai é único. O que ocorre *in casu* é a ocorrência de duas vertentes do vínculo de paternidade, uma biológica e outra sócio-afetiva, em que a lei terá de atribuir maior valoração a uma delas para que sobrepuje a outra. 2001, p. 138).

Outro fator a configurar a improcedência de se buscar uma vinculação entre o ‘concebido e o doador’ está no fato de que o ato da doação não vincula o doador aos pais afetivos e nem tampouco ao filho concebido, uma vez que, toda a relação estabelecida por este se deu diretamente com o laboratório ou “banco” de gametas a quem o material genético foi entregue e a quem cabia, dar a destinação correta ou mesmo descartar.

Inexistindo uma relação jurídica a vincular o filho àquele que possibilitou sua fecundação, não haverá também que se falar em reciprocidade de direitos e deveres entre estes. Improcede então, ao contrário do que ocorre em relação aos pais afetivos, a possibilidade da exigência de direitos por parte do filho em relação ao pai genético ou ainda de deveres deste para com aquele. Tudo isto, motivado pela necessidade se vislumbrar a família como algo além de laços consangüíneos similares.

Sobre tal aspecto, importa destacar a previsão expressa constante da 2ª parte do artigo 19 da legislação argentina que exclui de modo taxativo a possibilidade de o doador de gametas reclamar qualquer tipo de relação jurídica para com os concebidos com o material genético por ele doado, vejamos: “*os doadores de gametas para terceiros, em nenhum caso, poderão reclamar direitos vinculados à filiação em relação aos nascidos mediante técnicas de reprodução humana assistida com a utilização de gametas por eles doados*”¹⁰.

Já em relação ao pais socioafetivos a situação é contrária, pois a atribuição de responsabilidades é devida, haja vista que foi seu ‘consentimento motivado’ que permitiu a utilização da técnica heteróloga de reprodução assistida.

É a vontade em relação a concepção que vincula os pais afetivos ao filho. Neste sentido, tem-se que a afetividade em uma escala de proporções é fator preponderante ao liame consangüíneo no estabelecimento real da filiação.

Sendo certa a inexistência de uma relação jurídica a vincular o doador de sêmen e a pessoa concebida a partir da utilização das técnicas de reprodução assistida com utilização de material genético de terceiro, é sabido que não haverá de se falar em direitos patrimoniais em relação a estes, ou seja, nem o doador e nem o concebido poderão vindicar o exercício do direito da herança.

¹⁰ **Artículo 19** – (...) Los aportantes de gametos para terceros en ningún caso podrán reclamar derechos vinculados a la filiación respecto de los nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida con la utilización de gametos aportados por ellos.

Tal fato ocorre porque o exercício do direito patrimonial e a possibilidade de vindicar a herança são faculdades alcançadas em decorrência do estabelecimento da filiação, que em uma concepção moderna e vigente, é configurada pela prevalência estável e duradoura de laços exteriores à consangüinidade.

Não sendo o liame biológico suficiente a outorgar direitos patrimoniais, a afetividade é sim o bastante a transferir todos os direitos e deveres que se originam no momento da concepção.

Além de proteger a boa-fé da família e buscar evitar que as técnicas de reprodução humana assistida fossem utilizadas em decorrência de interesses diversos ao estabelecimento da filiação, o impedimento da concessão de direitos patrimoniais entre o doador e o concebido tem ainda o escopo de estimular e viabilizar a doação de gametas, que deve ser necessariamente gratuita e motivada tão somente por uma vontade de possibilitar o acesso a filiação por aqueles que se encontram naturalmente impedidos.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: MANUTENÇÃO DO SIGILO QUANTO A IDENTIDADE DO DOADOR DE MATERIAL GENÉTICO VERSUS DIREITO AO CONHECIMENTO A ORIGEM GENÉTICA COMO COMPONENTE DA PERSONALIDADE DO CONCEBIDO.

A introdução de técnicas de reprodução humana assistida no panorama da família brasileira sem que houvesse uma consolidada regulamentação legal suscitou vários questionamentos os quais, a um primeiro olhar, a ordem jurisdicional parece não estar apta a responder.

A questão está então na necessidade de se estabelecer uma análise das implicações fáticas e jurídicas decorrentes da implementação de tais técnicas na esfera dos direitos individuais de cada um dos envolvidos no processo de concepção medicamente assistida, quais sejam: os doadores de material genético, os pais socioafetivos e o concebido.

A priori, a melhor solução para os questionamentos em torno dos vínculos jurídicos decorrentes do emprego da reprodução humana assistida é aquela que consegue conciliar os interesses de todos os envolvidos em tais processos. Sendo certo que a modernidade convencionou a tutela da 'afetividade' como bem jurídico capaz de estabelecer a filiação,

partir-se-á de tal concepção para proceder ao enfrentamento dos questionamentos decorrentes do emprego da R.M.A.

O primeiro e mais controverso ponto reside na garantia do anonimato do doador de material genético com fins de possibilitar o advento da filiação. A resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, a exemplo do que constava nos documentos que lhe antecederam, estabelece que a disposição de materiais genéticos deve se dar de forma altruísta, isto é, sem qualquer finalidade lucrativa, e de forma anônima¹¹.

O anonimato na doação de gametas tem por objetivo resguardar a identidade civil dos envolvidos no processo de reprodução humana assistida, permitindo a formação dos laços decorrentes da filiação entre aqueles que buscam tais métodos e o concebido.

Busca-se também com o anonimato resguardar o doador de qualquer responsabilidade, compreendendo que a cessão gratuita de gametas consiste em uma medida de generosidade para com aqueles impossibilitados de prover a filiação com suas próprias forças. Trata-se de ato volitivo, através do qual o doador renuncia voluntariamente a sua carga genética, abrindo mão de qualquer responsabilidade oriunda de seu ato e de todo e qualquer direito de paternidade que possa advir da concepção de uma criança gerada a partir da utilização de seus gametas. (QUEIROZ, 2001, p. 140 e 141).

Em que pese tais considerações, o artigo 48¹² do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) prevê como sendo direito da pessoa adotada, ao atingir a maioridade civil, ter acesso a todos os dados de seu processo de adoção. Questiona-se então, em um exercício de analogia, se tal direito não poderia ser também estendido aos concebidos a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida com intervenção de terceiro. Não poderia o concedido, valendo-se do disposto na referida norma, buscar o conhecimento da identidade civil do(a) doador(a) que cedeu o material genético para fins de possibilitar sua concepção? – ainda que ciente da inexistência de vínculos jurídicos entre eles.

Neste ponto é salutar a doutrina do professor Paulo Luiz Neto Lôbo que traça uma clara distinção entre o estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem genética. Estabelecendo que, para possibilitar o conhecimento da origem genética da pessoa concebida com gametas de doador anônimo, as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação

¹¹ 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. É transcrição da resolução? Se for tem que mencionar.

¹² Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. (2009, p. 207).

Percebe-se então que as técnicas de reprodução humana assistida com o emprego de doação de gametas não instauram um conflito entre o direito de conhecimento da origem genética do concebido e a garantia de sigilo quanto a identidade do doador, sendo certo que a primeira prerrogativa haverá de ser garantida com a concessão de informações clínicas, nos casos em que restar necessária, sobre a pessoa do doador, mantendo-se ocultos os dados sobre sua identidade civil.

Tal entendimento resta agora elencado na regulamentação brasileira do Conselho Federal de Medicina, veja-se:

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. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.(BRASIL, 2013).

Igual orientação foi adotada na Argentina, onde a Lei 26.862/2013¹³ estabelece que os centros médicos que realizam os procedimentos de reprodução com a participação de terceiros devem organizar e manter, por 30 anos, um cadastro com as informações clínicas e civis dos doadores, não podendo, em nenhum caso, revelar para a pessoa ou companheiro beneficiado pela técnica a identidade do doador dos gametas.

No entanto, a Lei de Reprodução Humana Assistida do referido país, em seu artigo 30, estabelece que o concebido, por ato próprio, ao atingir a maioridade ou por representação de seus pais ou responsáveis quando menor ou incapaz, poderá, quando existir risco para sua saúde ou para sua vida, solicitar ao centro médico em que a técnica tenha sido realizada, que

¹³ **Artículo 10:** El aporte de gametos para terceros reviste carácter anónimo y confidencial. Los Centros Médicos autorizados deberán elaborar un legajo con los datos de identidad del o la aportante, incluyendo la información de carácter médico que surja del estudio clínico a que refiere el artículo 6, dejando constancia de los antecedentes clínicos familiares que, bajo el modo de declaración jurada, informe el o la aportante. El legajo del o la aportante reviste carácter confidencial. Este legajo podrá confeccionarse em soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en el mismo, debiendo adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad y confidencialidad. El Centro Médico autorizado debe conservar el Legajo por un período de treinta (30) años. Del legajo se remitirá copia en soporte magnético al Registro Único de Centros Médicos Autorizados y Aportantes de Gametos, observando lo dispuesto en el Artículo 28 de esta Ley. El Centro Médico autorizado no podrá, en ningún caso, revelar a la persona o pareja beneficiaria de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida la identidad del aportante de los gametos.

entre em contato com os doadores de gameta, a fim de obter o consentimento desses para ter acesso aos dados clínicos que constem em seus registros, mantendo-se, em todo caso, o sigilo quanto a identidade civil.

Estabelece também que o doador, ou seus familiares na hipótese de já ser falecido o doador, poderão recusar o acesso a tais informações sem que a recusa traga para eles qualquer tipo de consequência ou sanção jurídica. Autorizado o acesso a tais informações, o centro médico entregará para o concebido e para seus familiares os dados clínicos do doador constante dos cadastros, mantendo-se, em todo caso, o sigilo quanto a sua identidade civil.

No que se refere ainda à Lei Argentina, chama atenção o disposto no artigo 31 que trata da situação em que o doador ou seus familiares recusem a cessão das informações genéticas estabelecendo que, em tais casos, poderá o concebido ou seus familiares, também na hipótese de ser o primeiro menor ou incapaz, recorrer ao Poder Judiciário para fins de quebra do sigilo quanto aos dados clínicos do doador, desde que, constatado que a manutenção do sigilo represente risco para a vida ou a saúde do nascido mediante o emprego da reprodução medicamente assistida.

Para os casos em que o concebido tiver solicitado também a quebra do sigilo da identidade civil, a fim, por exemplo, de colaborar em tratamento médico, o juiz deverá analisar a conveniência de se convocar o doador para uma audiência secreta, isto é, sem o conhecimento ou participação dos requerentes, cabendo ao magistrado expor as condições de saúde do concebido, a fim de demonstrar a necessidade da colaboração dos doadores no processo de tratamento médico, reservando-se, a esses, o direito de recusa, sem que advenha qualquer tipo de sanção jurídica.

Quando a questão é analisada sob o enfoque da legislação da República Oriental do Uruguai percebe-se a manutenção do sigilo quanto à identidade civil dos doadores de material genético, estando tal norma insculpida no artigo 12¹⁴ da Lei 19.167/2013. No entanto, o artigo 21¹⁵ da referida lei traz a previsão de que a identidade do doador poderá ser revelada mediante previa decisão judicial, ouvido o Ministério Público, desde que o julgador reste convencido da pertinência dos argumentos utilizados para sustentar tal requerimento.

¹⁴ **Artículo 12** (donación de gametos): La donación de gametos se realizará en forma anónima y altruista, debiendo garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la presente ley.

¹⁵ Artículo 21 (identidad del donante): la identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 de la presente ley. La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación. Son jueces competentes los Jueces Letrados de Primera Instancia de Familia de Montevideo y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior del país con competencia de Familia

Neste aspecto, parece existir uma confusão em dois artigos da Lei. É que, muito embora tenha feito constar do art. 21 que “(...) *la información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación*”, mais a frente, o art. 24 estabelece que “*formulada la demanda y salvo que la misma fuera manifiestamente improcedente, el magistrado actuante, previa vista al Ministerio Público y Fiscal, requerirá por oficio información a la institución donde se realizo la técnica de reproducción assistida, relevándola del secreto establecido en el artículo 22 de la presente ley y solicitando la identidad del donante, la que será notificada en forma personal al demandante*”.

A simples leitura da legislação não é suficiente para indicar quais informações acerca do doador poderão, de fato, serem prestadas ao concebido, nem mesmo em que situações o último poderá requerer que seja decretada quebra do sigilo.

Restando analisada a questão no panorama legal dos três países, a solução conferida pela legislação Argentina parece ser a mais apropriada. Isso porque, é incontestável a importância, em alguns casos, de se obter informações médicas acerca do doador de gametas. No atual estágio da genética, tais dados permitirão um diagnóstico e tratamento preciso de doenças e males hereditários, majorando as possibilidades de vida e cura do concebido em situações de moléstia. Para tanto, faz-se necessária a concessão dos dados clínicos do doador, fazendo-se indiferente o acesso a sua identidade civil.

É que sendo ponto pacífico nos três Estados que as técnicas de reprodução humana assistida não geram qualquer tipo de vínculo entre o concebido e os doadores, inexistente razão apta a justificar a quebra do anonimato.

Nestes termos, pai é o que cria, genitor é o que gera. Sendo a paternidade algo além do simples ato de prover alimentos, esta deverá envolver necessariamente a constituição dos valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade. Deste modo, a paternidade se constituirá como uma relação de direitos e deveres que se constroem sob a égide da afetividade recíproca entre pai e filho e que independe para tanto de laços similares de consangüinidade. (LÔBO, 2006, p. 16).

Ocorre que, contrariando o raciocínio até então desenvolvido, são fartas as concepções que apontam para um ‘direito a origem genética’ esculpido, sobretudo no rol normativo do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8906/1990 – que deve prevalecer sob o direito ao sigilo garantido ao doador de gametas no momento do estabelecimento da doação.

Entre os defensores da referida tese está Lídia Elizabeth Gama (2003, p. 46), para quem “as crianças têm o direito de saber sobre a sua origem genética, seja qual for a técnica de reprodução assistida empregada, tendo assim acesso aos registros da sua identidade genética”.

Corroborando do mesmo raciocínio Lídia Souza de Paula Pinto, estabelecendo que:

Se for garantido o anonimato do doador, a pessoa nascida dos métodos de procriação assistida heteróloga não terá o conhecimento das próprias origens o que, por conseguinte, inviabilizaria a composição da identidade genética do sujeito assim como a tomada de medidas preventivas e terapêuticas na área da saúde. (, 2007, p. 102).

De fato, conforme prelecionado anteriormente, tais autoras parecem conceber o conhecimento a origem genética como sendo um dos componentes do rol dos direitos fundamentais, que por assim ser, ensejaria a sua prevalência no direito pátrio.

Contrário a tais concepções é o já mencionado Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem:

Outro fundamento equivocado, frequentemente utilizado pela jurisprudência dos tribunais antes do Código Civil de 2002, é o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece ser o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. O equívoco radica no fato de nele enxergar-se o direito a impugnar a paternidade já existente. Estado de filiação, como já explicamos, resulta da convivência familiar duradoura. Se já existe, pouco importando sua origem, o art. 27 do ECA é inaplicável. Se não existe, ou seja, quando não houver paternidade de qualquer natureza, então o artigo é aplicável, para assegurar o reconhecimento do estado de filiação àquele que nunca o teve. (, 2006, p. 17).

Em situações em que as consolidações da afetividade e da posse do estado de filiação foram bastantes a definir a filiação, como se acredita ser o caso da reprodução assistida heteróloga, é inviável que se permita o confronto do vínculo social com o biológico, haja vista, que se assim o fizer, restaria desconfigurado o núcleo familiar até então estabelecido.

Contrariando aos que acreditam ser o conhecimento da origem biológica um direito fundamental do filho concebido por meio do uso de técnicas de reprodução assistida, tem-se que a revelação da origem genética à criança, não repercutirá em substancial benefício a sua filiação, uma vez que a quebra do anonimato do doador de sêmen acarretará na formação de conflitos altamente prejudiciais ao filho, que diante da descoberta de uma “multiparentalidade” poderá se ver perdido ante a falta de unicidade de seu núcleo familiar.

Similar a esta concepção é a construção de Eduardo de Oliveira Leite:

Se o interesse maior a ser protegido é o da criança, então o anonimato se impõem de forma irrefutável. (...) O anonimato é a garantia de autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também na proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação. Na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido 'direito' de conhecimento de sua origem. (1995, p. 339).

Ora, conforme há de se ter percebido do conjunto das construções apresentadas, não se vislumbra na atual conjuntura jurídica argumento suficiente a ensejar e a possibilitar o detrimento do anonimato do doador em face da prevalência dos direitos do filho gerado por meio do uso das técnicas de reprodução humana assistida.

Acerca da tese 'de que o conhecimento da origem genética é componente dos direitos da personalidade e em decorrência de tanto é apto a revelar o segredo em torno da identidade do terceiro doador de gametas', resta estabelecido que embora o direito a origem genética seja um atributo da personalidade, este comporta tão somente que seja dado ciência de fatores médicos do doador, quais sejam: raça, fenótipo e informações acerca da ocorrência de doenças de cunho hereditário. Tais informações, conforme resta pacífico na doutrina, não são suficientes a invadir a esfera privada do doador, mas ao mesmo tempo serão de grande valia a que o filho possa traçar um paralelo sobre sua saúde genética.

No que tange ao princípio do melhor interesse da criança, está claro que tal norma restará sempre observada quando respeitados e inalterados os laços construídos pelo amor e pelo desejo em torno da filiação. São os laços de amor, zelo, cuidado e proteção que ensejarão e formarão o caráter do filho e neste ponto é o pai socioafetivo, que desejou e buscou a reprodução medicamente assistida heteróloga, o único sujeito capaz de forjar a observação de tais valores.

A vulnerabilidade em se quebrar o sigilo do doador, além de nada contribuir para o desenvolvimento da criança, poderá acarretar na desestimulação e conseqüente extinção da doação de gametas. Ademais, quando se trata propriamente da situação brasileira, a quebra do anonimato somente poderia estar autorizada em lei. Inexistindo texto legal que trate da matéria, o referido tema não poderá ser objeto de regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina.

Faz-se latente a necessidade de uma normatização da reprodução humana assistida pelo Poder Legislativo nacional. Resta inconcebível que tal prática reste regulada exclusivamente por um código de ética médica. O que se propõe é que os procedimentos aqui tratados sejam analisados sob a ótica dos destinatários e não sob o enfoque dos profissionais

aptos à sua realização. Há muito a bioética discute a necessidade de se encarar os tratamentos médicos a partir de uma construção de autonomia, deixando para trás as práticas heterônomas que confiavam ao médico a ‘melhor escolha’ para seus pacientes.

Assim como ocorreu na Argentina, no Uruguai, Espanha, Portugal e em tantos outros países que enfrentaram a questão e regulamentaram a reprodução humana assistida, o Brasil precisa igualmente trilhar esse caminho.

Em momentos de avanço e grande produção como o que hoje é vivenciado pelo biodireito, não se pode permitir a positivação de concepções retrogradadas, sob argumentos há muito ultrapassados. Deve-se absorver ao máximo as reais inspirações humanas sob o risco de, se assim não o fizer, o direito deixar de ser uma construção humana para representar um instrumento de coerção pública.

6 CONCLUSÃO

O advento das técnicas de reprodução assistida representou o nascimento de uma série de questionamentos acerca do núcleo basilar da família, qual seja, o direito de ter/ser pai e filho. Como atribuir os estados de filiação e paternidade a quem não é originariamente (de acordo com o critério da consangüinidade) pai e filho? Como fundamentar a proteção de uma família que se forma unicamente sob os pilares da afetividade e do desejo em torno da filiação? – Estes e tantos outros questionamentos resultam da análise dos laços parentais advindos da utilização das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

Tendo percebido que o pilar sob o qual se sustenta a filiação baseia-se muito mais no estabelecimento de uma situação recíproca de afetividade do que propriamente em liames de ancestralidade biológica, entendeu-se que, ainda que tenham sido empregadas as técnicas de reprodução humana assistida, formam-se apenas um único vínculo de parentesco, o qual se estabelece diretamente entre os pais afetivos e o concebido. Restando excluído da referida relação o terceiro doador de material genético que, não desejando o estabelecimento da dita relação não poderá jamais ter imputado os deveres de uma situação jurídica que não desejou.

De tal modo, restam inoportunas as construções no sentido de sustentar um direito personalíssimo à origem genética suficiente a determinar a quebra do anonimato dos doadores.

Ademais, restando analisada as legislações da Argentina e do Uruguai, chega-se a conclusão de que se faz necessário que tal matéria, também no Brasil, seja regulamentada, visando assim afastar eventuais conflitos e resguardar o doador de gametas que, por um ato altruísta, contribui para que outras pessoas possam alcançar o desejo de estabelecer a filiação.

Muito embora seja incontestável a contribuição do Conselho Federal de Medicina no estabelecimento de critérios quanto à prática da reprodução humana assistida, acredita-se que o referido tema deve ser objeto de uma regulamentação legal, abrindo o debate acerca da questão de seus desdobramentos. As restrições impostas em um código de ética médica não poderão jamais limitar o acesso às técnicas, somente a lei o poderia fazer.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida n°. 26.862, promulgada el 25 de junio del año 2013.

BRASIL. Códigos Civil ; Comercial ; Processo Civil e Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2.013, de 16 de abril 2013.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n° 1.957/10. Publicada no diário oficial da união em 09/05/2013 – seção 1 – p. 119.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição Federal.** 13. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. 966p.

FUSTEL DE COULANGES. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. 12. ed. São Paulo: HEMUS, 1996. 310 p.

FRANCO, Alberto Silva. **Genética Humana e Direito.** **COSTA,** Sérgio Ibiapina Ferreira (Org.). **Iniciação à Bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1988, p. 17 – 29.

GAMA, Lúcia Elizabeth Penaloza Jaramilho. Reproduções Assistidas à luz do novo Código Civil. **Revista Jurídica Consulex,** Brasília, n. 161, p. 44/47, set. 2003.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. **Revista de Direito Privado,** São Paulo , 2005, v.6.n.22,p.136-152.

KASER, Max. **Direito privado romano.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 522 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** (aspectos medicos, religiosos, psicologicos, eticos e juridicos). São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. 480p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade Conjugal – direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo:** doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre , v.5, n.19 , p.133-156, ago./set. 2003.

LOBÔ, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília, n.34, p. 15/21, jul./set. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vii, 411 p.

MALUF, Carlos Aberto Dabus. **Curso de direito de família/ Carlos Alberto Dabus Maluf, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus Maluf**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Lídia Souza de Paula. **O direito à origem genética:** do estado de filiação aos direitos da personalidade. 2007. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 348p ISBN 8573084928

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann de. **Filhos da biogenética: uma análise das transformações dos laços paterno-filiais do progresso biotecnológico**. 2003. 140f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23 – 58.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. **Lei 19.167** de 12 de novembro de 2013.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.
228 p.