

# O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HETERÓLOGA

## THE RIGHT TO GENETIC IDENTITY IN HUMAN REPRODUCTION ARTIFICIAL HETEROLOGOUS

Patrícia Siqueira \*

### **Resumo**

A consagração do direito à identidade genética da pessoa humana na ordem jurídica, fundamentada ainda que implicitamente na Constituição Federal de 1988, se revela como manifestação e exigência do princípio da dignidade da pessoa humana. O problema central que norteia a pesquisa remete à construção, no âmbito legal, de uma proteção efetiva à identidade genética da pessoa, como bem jurídico fundamental. Para além da fundamentação explicitada, o estudo propõe investigar, com base em construções teóricas doutrinárias nacionais e estrangeiras, os avanços decorrentes da engenharia genética aplicada às ciências da vida, alinhados na direção de uma normalização que esteja em consonância com o respeito aos direitos humanos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Delineia-se, frente aos avanços da biotecnologia, especialmente na reprodução humana assistida, a possibilidade da prevalência do direito ao conhecimento a identidade genética do indivíduo nascido a partir de técnicas de reprodução artificial heteróloga quando em rota de colisão com outro direito fundamental, o direito ao anonimato dos doadores de gametas.

### **Palavras Chave**

Reprodução humana; fertilização heteróloga; direito a identidade; direito ao anonimato.

### **Abstract**

The consecration of the right to the genetic identity of the human person in the legal order, even implicitly based in the Constitution of 1988, reveals itself as a manifestation and requirement of the principle of human dignity. The central problem that guides the research refers to the construction, in the context legal, effective protection of genetic identity of the person, well as fundamental legal. In addition to the reasons explained, the study proposes to investigate, based on theoretical constructs doctrinal and abroad, advances arising from genetics engineering applied to life sciences, aligned in the direction of normalization that is consistent with respect for human rights and fundamental the dignity of the human person. Is discerned in front of advances in biotechnology, especially in assisted human reproduction, the possibility of the prevalence of the right to knowledge of genetic identity to the individual born from artificial reproduction techniques heterologous when in collision with another fundamental right, the right to anonymity of gamete donors.

### **Key words**

Human reproduction; heterologous fertilization, the right to identity, the right to anonymity

\* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial e Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Colaboradora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: patisiq@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, ao indivíduo concebido sobre a égide da relação familiar era atribuído o *status* de filho do marido e da mulher casados entre si, ou seja, prevalecia a máxima do pai como sendo aquele que contraiu as justas núpcias com a mãe, ao passo que esta, subsumia-se a mulher que dava a luz a criança. Contudo, tal afirmação passou a ser relativizada a partir dos avanços da ciência que lança novos métodos para substanciar a gênese familiar, como por exemplo, a reprodução humana assistida, o que provoca a consequente alteração da presunção, até então estabelecida, de conferir a paternidade e maternidade aos cônjuges casados.

Com os avanços da engenharia genética, as técnicas reprodutivas permitem uma nova dimensão para a consecução de um projeto parental, e, conseqüentemente, as famílias, até então, impedidas de conceber filhos naturalmente, encontram no desenvolvimento da biotecnologia, a possibilidade de consecução de um sonho, passível de ser concretizado, por exemplo, através da utilização de material genético doado por outra pessoa que não os genitores.

Nesta hipótese, em que os gametas utilizados na reprodução humana não pertencem ao casal ou pessoa receptora, questões éticas e jurídicas emergem, como o direito ao conhecimento da origem genética conflitando com o direito ao anonimato do doador.

É sob este pano de fundo que se propõe a presente discussão, confrontando-se o direito a identidade, assentado como direito fundamental pela Constituição Federal, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, e o direito ao anonimato do doador, igualmente recepcionado como direito fundamental fomentador da inviolabilidade da intimidade.

O interesse pelo tema se justifica diante da precisão de normas que estejam em harmonia com o respeito aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana na regulação dos avanços da biotecnologia aplicada às ciências da vida. Indispensável a reflexão, diante de emergentes questões legais que acabam por surgir, tal qual a problemática dos limites do direito fundamental a identidade genética, quando em rota de colisão com outros direitos fundamentais.

O primeiro capítulo do estudo aborda a evolução do *status* de filho, para se estabelecer a superação do vínculo biológico na acepção de família, ao mesmo passo que se reconhece os enlaces firmados no afeto. O segundo capítulo mira as principais tecnologias atualmente disponíveis para a reprodução humana artificial, enfatizando a modalidade

heteróloga, que ilustra discussão a partir de emergentes questões legais no que tange a identidade genética. Segue, então, no terceiro capítulo a identidade genética como bem jurídico fundamental a ser preservado como uma manifestação essencial da personalidade. O quarto capítulo pontua o direito ao anonimato dos doadores de gametas e o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo gerado a partir da modalidade heteróloga das técnicas de reprodução humana, bem como o conflito existente entre os dois direitos a luz da dignidade da pessoa humana.

## **1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FILIAÇÃO**

Com a instituição do paternalismo como forma preponderante da constituição da família, desde o direito romano, não pairava dúvida em relação à identificação da mãe, presumida como tal, a mulher que dava a luz a criança e/ou mostrava-se grávida publicamente. Suzana Stoffel Martins Albano, remonta a ideia de que “já houve um tempo em que a mãe de uma criança era a pessoa que havia dado à luz ao bebê, e o pai da criança era o marido da mãe. Naquele tempo, quando um espermatozoide encontrava com um óvulo e a concepção ocorria, uma vida havia se iniciado. Tempos simples aqueles” (ALBANO, 2006, p.95).

Em tal ambiência, a maternidade restava provada com o parto, diferentemente do que acontecia com a paternidade, passível de questionamento, já que para a comprovação da identidade do pai, não se estabelecia uma presunção, com vistas à sua caracterização como tal. Com o intuito de afastar qualquer impasse dessa natureza, adotava-se a concepção de identificar como pai, aquele que contraísse justas núpcias com a mãe, o que seria o suficiente para certificar a condição de legitimidade da prole, quando essa fosse resultado da relação estabelecida através do casamento. Deste modo, os filhos provenientes da esposa, conseqüentemente, eram naturalmente considerados como sendo legitimamente originados também do esposo.

A presunção *pater is est* reconfigura-se no estado de filiação, que decorre da construção progressiva da relação afetiva, na convivência familiar. Antes se presumia pai biológico o marido da mãe (LÔBO, 2004, p.510).

Vivia-se sob a crença da máxima de que aos filhos provenientes do laço matrimonial, naturalmente, caberia à qualificação de filhos do casal, ou seja, provindos dessa união, não se

conjeturando, em tal hipótese, possibilidade de questionamento do vínculo pelos filhos ou contestação pelo pai. E tal concepção encontra suas bases, em parte pelo conservadorismo de outrora, e, sobretudo, pelo arquétipo da legislação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, implementou-se significativos avanços no direito de família, dentre eles, o repúdio a qualquer ato discriminatório em relação aos filhos inseridos na unidade familiar, mesmo que sem relação de consanguinidade entre estes e seus genitores. A evolução constatada por essa nova concepção aporta suas bases nas relações familiares, como uma decorrência lógica e solidificadora do princípio da dignidade humana.

[...] na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana [...] acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático (SARLET, 2002, p.83).

A nova normalização da filiação vem possibilitar uma feição mais condizente a realidade social, em substituição, a outrora presente, no Código Civil de 1916, que por sedimentar um escalonamento ao *status* de filhos, dividindo-os em categorias diferenciadas, conforme a relação estabelecida familiarmente pelos genitores, indubitavelmente constituía uma fonte geradora de arcabouços discriminatórios para os filhos não gerados sob o modelo fático estabelecido pela codificação.

Antes do advento da Carta Magna de 1988, inegável a desnivelada titularidade conferida aos filhos provenientes do casamento, previstos normativamente como legítimos, e, portanto, dotados de direitos, em contraposição aos denominados ilegítimos, para os quais se dispensava tratamento pejorativo, conforme a espécie de filiação.

Era no casamento que repousavam as principais regras da filiação, inclusive no casamento nulo, sem que se falasse na sua putatividade. Doutrinariamente, a filiação era dividida em filiação natural (no caso de união de pessoas solteiras), legítima (se originada pelo *casamentom* ou *derivadam per subsequens matrimonium*) e ilegítima (ou espúria, compreendendo a adúltera e a incestuosa) (GARCEZ, 2008, p.78).

Assim, a denominação filhos ‘naturais’ reservava-se aos nascidos do relacionamento de pessoas solteiras; os ilegítimos concebidos por pais não unidos pelo casamento; os espúrios concebidos sob impedimento matrimonial dos pais; os adúlteros nascidos de relações

extraconjugais; e os incestuosos, filhos de parentes ou afins casados mesmo sob a vedação imposta ao grau de parentesco. Hodiernamente, tais distinções perderam significação e conteúdo no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz com que as denominações ‘filhos legítimos e ilegítimos’ permanecem na realidade fenomênica, e juridicamente, como fonte histórica e acadêmica.

E a nova conformação estabelecida, propicia a consagração da igualdade no regime filiatório, reservando-se a vala da inconstitucionalidade, a todas e quaisquer tentativas de adjetivação para designar os filhos não consanguíneos ou apontados como ilegítimos.

O casamento, a filiação e a legitimidade, outrora balizadores para a definição da natureza da filiação, constituía um permissivo para um desigual tratamento entre os filhos, o que ensejava a institucionalização legalizada da discriminação existente entre eles. Assim, enquanto ao filho legítimo concediam-se, como sujeito de titularidades, direitos assegurados em lei, como alimentos, nome e sucessão, a contrário sensu, ao filho ilegítimo, atribuía-se *status* inferior, permanecendo, assim, à margem do direito de família.

Uma das evoluções mais significativas do Direito de Família foi o estabelecimento da igualdade entre os filhos, eliminando qualquer resquício discriminatório que lhes impunha as consequências dos atos e do estado familiar dos pais. Não mais se pode usar o casamento como critério de legitimação dos filhos e, por conseguinte, da atribuição de direitos. Afinal, todos os filhos são iguais, independentemente da sua origem, conforme estabeleceu o artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988 (TEIXEIRA, 2008, p.25).

As distinções entre os filhos foram, definitivamente, abolidas pelo artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, podendo-se afirmar que em face da filiação há um único *status*, o de filho, sem quaisquer doutras designações.

Esse *status* é obtido mediante a presunção de paternidade, o reconhecimento voluntário ou forçado da filiação. Também por meio da adoção se constitui *status* de filho. A preocupação com o livre desenvolvimento da pessoa confere caráter de ordem pública às ações de estado [...], possuem relevância social, pois a Constituição Federal garante a dignidade da pessoa humana [...] (VENCELAU, 2000, p.382).

Imprescindível anotar que o Direito como ciência, estrutura-se em um todo harmônico e coerente, onde as alterações de suportes fáticos e axiológicos, acarretam a necessidade de se proceder a uma conformação sistematizada dos institutos, e tal ocorreu com

a expressão 'pai', que passa a receber uma maior abrangência em seu significado, antes adotada como sinônimo de genitor, restringindo-se unicamente a laços biológicos, atualmente compreende significado mais expressivo, adequando-se a realidade social transformada em virtude dos avanços tecnológicos da engenharia genética e, principalmente, pela disseminação das relações afetivas.

Por certo, a terminologia genitor, no passado desenhada para designar aquele indivíduo que gerava o feto, que concebia uma vida humana, sendo por vias naturais ou por intervenção artificial, transforma-se, tendo em vista que o conceito de pai, prevalente nos dias atuais, compreende o comportamento do homem frente a criação, educação e orientação da prole, sem que haja o imperativo da transmissão de material genético.

E ao fim e ao cabo, constata-se que a sociedade rompeu com a primazia do vínculo biológico, passando a adotar, para acepção de família, também os enlaces firmados no afeto. Se outrora não se considerava o laço afetivo constituinte de parentesco, hodiernamente, o conceito de família recepciona inúmeras hipóteses, independente de vínculo consanguíneo, a exemplo dos cônjuges e seus descendentes gerados a partir de material genético doado.

Sob essa nova moldura, e configurando-se como meio de se viabilizar a constituição ou ampliação da família, as técnicas de reprodução assistida tem sido amplamente empregadas entre as pessoas que não podem, ou não conseguem, engravidar naturalmente, afim de que realizem o sonho da filiação. Restando, por conseguinte, absolutamente superada a ultrapassada máxima que atribuía às designações de 'pai biológico' ao marido da mãe; ou 'mãe' como sendo a que deu a luz à criança; ou que 'filhos' compreendem somente os advindos de uma relação matrimonial.

## **2 TÉCNICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

A partir da década de 70, técnicas de manipulação genética passaram a incorporar a realidade, com a consequente utilização em seres humanos, com o objetivo de propiciar que as famílias possam dar concretude ao desejo de filiação. Inicialmente utilizadas como tratamento para casais que possuíam dificuldades em gerar filhos por meios naturais, as técnicas de reprodução humana assistida, nos dias atuais, garantem a possibilidade de realização do projeto parental, por meio de manipulação de gametas femininos e masculinos, doados de terceiros ou não, a qualquer pessoa que anseie um filho.

Como resultado, clínicas especializadas passam a oferecer diferentes modalidades de técnicas médicas para auxiliar na reprodução humana, dentre elas, a inseminação artificial ou

*intra uterine insemination* e a fertilização *in vitro* ou *in vitro fertilization*. A primeira consiste em depositar gametas masculinos, previamente capacitados em laboratório, no interior do útero receptor ou introduzi-los diretamente no canal cervical, utilizando meios artificiais para tanto. A segunda técnica, mais complexa, viabiliza-se pela coleta de ovócitos e espermatozoides, e através da manipulação destes gametas, fertiliza-se o ovócito num meio que simule as Trompas de Falópio e, verificada a fecundação, procede posteriormente à transferência do embrião formado para o útero da receptora através de um cateter.

Há outra distinção relevante. Considerando a origem do material genético utilizado, a reprodução será homóloga quando os gametas masculino e feminino utilizados são provenientes do casal paciente, ou heteróloga quando for utilizado material genético doado por terceira e/ou quarta pessoa estranha ao casal.

Tratando da forma heteróloga de reprodução humana, poderá haver combinação de material genético masculino doado e material genético feminino da própria paciente, hipótese em que a criança gerada possuirá vínculo biológico apenas com a mãe e não se considerará qualquer liame com o doador. Ainda na forma heteróloga, poderá ser realizada uma combinação de material genético do homem paciente com material genético feminino doado, hipótese em que se estabelecerá vínculo genético apenas com o pai, também não se considerando qualquer liame com a doadora. Por fim, poderá ocorrer combinação de material genético feminino e masculino doados, cujo embrião gerado e implantado na paciente não possuirá vínculo biológico com os pais, tampouco qualquer liame com os doadores.

Constata-se que nas técnicas de reprodução humana heteróloga tutela-se a relação socioafetiva, e não, propriamente, a biológica, posto que a mesma recebe, inclusive, especial abrigo da lei que rechaça qualquer excludente de paternidade na inseminação artificial heteróloga em razão da ausência de vínculo genético.

A inseminação artificial heteróloga, prevista no art. 1.597, V do Código Civil, dá-se quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou que, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal (LÔBO, 2004, p.136/137).

No mesmo sentido, entende-se o tratamento conferido à técnica de fertilização *in vitro* heteróloga, posto que, independentemente de o material doado utilizado consistir em gametas

masculino ou feminino, uma vez consentida a utilização e realizado o implante, seja por meio da inseminação artificial ou transferência de embrião fecundado *in vitro*, nem o homem nem a mulher, possuirão a faculdade de negar a filiação em razão da origem genética. Ressalva-se que em relação aos doadores, deve ser garantido o anonimato e vedado qualquer questionamento ou reclamação da paternidade.

A inseminação artificial heteróloga, consistente na técnica através da qual se utiliza material genético masculino doado, e a fertilização *in vitro* heteróloga, caracterizada pela possibilidade de utilização de material genético masculino e/ou feminino doados, não são as únicas intervenções utilizadas pelas ciências médicas passíveis de conferir aos pais uma filiação, total ou parcialmente, independente de herança genética. Há ainda a maternidade de substituição, apropriada para casais ou pessoa impossibilitada de sustentar uma gestação convencional, sendo que nesta técnica, igualmente, é possível a utilização de gametas doados. Em tal circunstância, a criança gerada terá identidade genética distinta da que possuem seus pais, como também estará destituída de vínculo biológico e materno com a mãe de substituição.

A maternidade de substituição perfaz-se pela gestação de uma criança no ventre de outra mulher que não a mãe biológica ou idealizadora, ou seja, possibilita à mulher conceber um filho biológico, como também, um filho idealizado, fora do útero. Na primeira hipótese, o filho biológico é gerado a partir dos gametas do casal, entretanto, a gestação ocorrerá em útero cedido por outrem, e neste caso, tem-se a utilização da técnica de fertilização artificial homóloga na maternidade de substituição. Já o filho idealizado, será gerado a partir do material genético de um dos cônjuges ou companheiros, combinado com o material doado, ou ainda, apenas com material genético doado, e o embrião implantado na mãe de substituição que não será nem a doadora e nem a mãe idealizadora. Aqui, emprega-se a técnica de fertilização artificial heteróloga na maternidade de substituição.

Nestas modalidades, a mãe substituta obriga-se a entregar a criança, logo após o parto, aos pais idealizadores do projeto parental, o que denota uma absoluta renúncia ao *status* jurídico de mãe, advindo daquela presunção, de outrora, que considerava que mãe, nos estritos termos da realidade fática, encontrava-se relacionada à mulher que gera a criança. Do mesmo modo, se casada, o marido da mãe substituta renunciará ao *status* jurídico de pai, uma vez que, presume-se dele (GAMA, 2003, p.726) a paternidade da criança nascida de sua esposa.

Convém ainda ressaltar que, na maternidade de substituição também poderá se adotar a técnica de inseminação artificial heteróloga, para geração de uma criança a partir do gameta da própria cessionária do útero e gameta do elemento masculino do casal, ou de

terceiro doador, depositado no útero da mãe substituta por meio artificial. Mesmo na inseminação artificial, nenhum liame materno com a mãe substituta será considerado.

E em decorrência de toda a evolução da sociedade na recepção dos avanços alcançados pelas biociências, com a implementação das técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro* heterólogas, bem como a maternidade de substituição, indispensável torna-se uma pauta reflexiva, com o intuito de um repensar diante de emergentes questões legais que acabam por surgir, tal como o conflito existente entre o direito ao anonimato do doador de gametas e o respectivo direito a identidade biológica do indivíduo gerado a partir da modalidade heteróloga das técnicas de reprodução humana.

### **3 DIREITOS À IDENTIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Os direitos fundamentais envolvem circunstâncias jurídicas em prol da dignidade, liberdade e igualdade dos homens, garantindo a convivência livre de discriminação. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, os direitos fundamentais retratam, “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social” (BULOS, 2010, p.287).

Tais direitos encontram seu principal fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da ordem jurídica constitucional, lastreado pela cláusula geral dos direitos de personalidade.

Daí sustentar-se que a personalidade humana é valor, um valor unitário e tendencialmente sem limitações. [...] os direitos das pessoas estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e vem a ser concretamente protegido pela cláusula geral da tutela da pessoa humana. [...] assim, cumpre reconhecer que, evidentemente, também se abrigam sob o seu manto os demais direitos que se relacionam com a personalidade, alguns deles descritos pelo próprio legislador constituinte no art. 5º da Constituição Federal (MORAES, 2003, p. 127-128).

É certo que, na Constituição Federal os direitos fundamentais encontram-se relacionados no artigo 5º, porém, tal rol é meramente exemplificativo, possibilitando a inserção de outras especificidades dentre as já previstas como direitos e garantias individuais.

Por disposição expressa de nossa Carta Magna, o catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo, restando aberta a possibilidade de identificar e construir outras posições jurídicas fundamentais que não positivadas, tudo através da denominada cláusula geral. Com amparo na doutrina, é possível afirmar que, para além dos já reconhecidos direitos fundamentais, há outros, quais sejam, aqueles não escritos, não positivados, que, em virtude de seu conteúdo materialmente significativo (sua relevância e conteúdo), são também merecedores de proteção constitucional (PETTERLE, 2007, p.89).

A par disto, uma das características dos direitos fundamentais é a historicidade, ou seja, as garantias nascem dos acontecimentos históricos relevantes para a sociedade que necessitam de proteção jurídica, a exemplo da filiação destituída de herança genética, nascida a partir de práticas de reprodução humana artificial heteróloga, que buscam sua verdadeira origem e identidade.

O direito a identidade está focalizado na acepção individual, ou seja, na identidade genética como base biológica da identidade pessoal, que, em última análise, corresponde ao arcabouço genético de cada ser, individualmente considerado. Na doutrina se faz referência ao direito à identidade genética, buscando salvaguardar a constituição biológica individual, a identidade única e irrepetível de cada ser humano, justamente para evitar leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos conhecimentos científicos.

Apesar do direito à identidade genética não estar expressamente previsto no rol do artigo 5º da Constituição Federal, encontra-se tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que figura, nas palavras de Flademir Jerônimo Belinati Martins, “como uma fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que temas polêmicos sejam discutidos sob a ótica de seu conteúdo protetivo” (MARTINS, 2003, p.127), tais quais, os limites da apropriação da própria história.

A dignidade é um valor espiritual moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais (MORAIS, 2006, p.16).

A Constituição Federal procedeu, indubitavelmente, à opção pelos valores existenciais que exprimem a ideia de dignidade humana (GONDINHO, 2000, p.430), promovendo a proteção do ser humano diante de qualquer relação jurídica estabelecida, mesmo que decorrente de trato biotecnológico. Assim, mesmo que o direito à identidade

genética não encontre previsão no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais do Texto Maior, deve ter reconhecido seu *status* de direito fundamental diante do caráter personalíssimo de sua natureza, relacionado à dignidade da pessoa humana e aos aspectos da própria existência do homem.

#### **4 DIREITO AO ANONIMATO E DIREITO AO PATRIMONIO GENÉTICO**

Como decorrência natural de toda remodelação surgida na sociedade contemporânea, em virtude do transbordamento das novas tecnologias, passa a ocorrer uma nova realidade que provoca consequências na seara jurídica, e o Direito acaba por ser impelido a se manifestar sobre questões que necessitam de uma resposta.

E uma das polêmicas emerge do confronto que passa a existir entre o direito ao anonimato do doador de gametas e o direito ao conhecimento da origem genética, garantias constitucionais que abrigam, respectivamente, a proteção a privacidade e a personalidade dos indivíduos, ambos fundamentais a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, paradigma também do progresso científico.

##### **4.1 Direito ao anonimato na doação de material genético**

O doador do material genético, seja gameta feminino ou masculino, permanece no anonimato em relação aos receptores do material, como também, a criança nascida da manipulação do material sob a forma heteróloga. O sigilo das informações genéticas encontra-se ancorado na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Fundamentais que disciplina o anonimato do doador em diversos momentos, como a previsão que versa sobre a impossibilidade do mesmo ser alvo de investigações indesejadas sobre sua intimidade genética e a proibição de ter divulgado seus dados.

O artigo 7º da Declaração disciplina o direito a intimidade, de modo que “quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável, e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade, devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei”. Em seguida, o artigo 9º preleciona que “com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos” (UNESCO, 1997).

Também a Constituição Federal protege a privacidade do doador de gametas, ao dispor no Título sobre direitos fundamentais, no artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (BRASIL, 1988). De tal modo que, os dados genéticos humanos, que compõem a individualização de cada pessoa e pertencem a sua intimidade, são intangíveis e somente seu titular poderá acessá-los ou autorizar o acesso, ao mesmo passo, as informações sobre a titularidade são sigilosas, sendo vedada a publicidade.

Sobre o sigilo das informações genéticas de doadores de gametas, sustenta Maria Helena Diniz que apenas a permissão de seu titular autoriza a quebra do sigilo.

O DNA é a imagem da uma pessoa e representa um tipo especial de propriedade por conter informações diferentes de todos os outros tipos de informação pessoal. Sua imagem científica não deve ser invadida, por mera curiosidade, pois exame e rastreamento genético apenas podem ser realizados por razões terapêuticas e com o consenso da pessoa ou de seus familiares (DINIZ, 2002, p.169).

O sigilo das informações genéticas é a regra adotada pela maioria dos países que regulam a matéria em seus ordenamentos, entretanto, outros, a exemplo da Suíça, remetem o assunto a discussões sob o enfoque da relativização do direito ao sigilo em casos excepcionais, como na hipótese de doença hereditária.

Apesar do anonimato dos doadores ser a regra em praticamente todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do adolescente, a lei sueca exatamente não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas (GAMA, 2000, p.19).

Nota-se que a divergência instaurada sobre o caráter absoluto do anonimato remete o debate à relativização deste direito quando, das informações protegidas, depender a viabilidade da prevenção ou cura de doenças genéticas, tema presente na seção IV da Resolução nº2.013 do Conselho Federal de Medicina, que relativizou o direito ao anonimato na doação de gametas e pré-embriões mediante motivação médica.

4. Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador (CFM, 2013).

Logo, no cenário nacional o anonimato deverá ser absoluto em relação às partes envolvidas, doadores e receptores, sendo permitida a cognição genética apenas ao profissional médico, e em razão de necessidade médica, que deverá manter o sigilo quanto à identidade civil entre os doadores e receptores.

Quanto a revelação das informações genéticas motivadas apenas na vontade do filho concebido a partir de técnicas de reprodução artificial heteróloga, em conhecer a identidade do doador, a questão merece análise mais detida, pois, tais dados pertencem a esfera íntima da pessoa merecedora de proteção jurídica elevado à direito fundamental.

#### **4.2 Direito ao Patrimônio Genético**

O que torna um indivíduo único é o conjunto de características adquiridas geneticamente de seus ascendentes. Esse arcabouço genético recebe a denominação de identidade genética, constituindo um importante direito tutelado implicitamente pela Constituição Federal de 1988, emoldurado dentre os direitos fundamentais.

A cognição da identidade genética corresponde ao direito de cada ser humano conhecer a sua própria origem, constituindo direito personalíssimo que se confunde com a própria pessoa, qualificando-a como tal e vinculando-a a um grupo. Nesse sentido, acena Carlos Alberto Bittar, para quem “os elementos de identificação facilitam a localização, desde logo, da pessoa, em si, ou na família, possibilitando a percepção de seu estado, ou de sua condição” (BITTAR, 2000, p.120).

Quer seja considerada individualmente, quer seja no âmbito do grupo, a apropriação da própria identidade reflete o exercício pleno dos direitos de personalidade inerente a todo ser humano, exercício de respeito à dignidade, tomado como valor máximo pelo ordenamento.

A ascensão do direito a identidade garante a cada pessoa identificar-se como única, numa realidade singular, dotada de individualidade que a distinga de todas as outras pessoas. Além disso, a pessoa tem sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados (OTERO, 1999, p.64).

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais (DE CUPIS, 2004, p.179).

O direito do ser humano conhecer a origem genética emana do direito que cada pessoa possui sobre a apreensão da sua própria história, “saber de onde vim, às vezes, como premissa necessária para saber onde vou” (VENCELAU, 2002, p.389). Nesse sentido João Carlos Gonçalves Loureiro defende que “o conhecimento da verdade sobre a progenitura é protegido então ao nível do direito à identidade pessoal, na sua dimensão de direito à historicidade pessoal” (LOREIRO, 2000, p.291). Ser filho de alguém muito revela sobre a história de vida de uma pessoa.

A este passo, qualquer um que não conheça sua origem genética, independentemente de ter seu *status* de filho estabelecido, faz jus a ver reconhecida a proteção ao direito a identidade em respeito à tutela da dignidade da pessoa humana (VENCELAU, 2002, p.394). É sob este paradigma que se busca legitimar a identificação da ascendência biológica resultante das práticas de reprodução artificial heteróloga.

Cabe ressaltar a inexistência de norma que proíba filho nascido por meio de reprodução artificial heteróloga de buscar sua origem genética. A garantia do sigilo dos doadores, posta por norma ética do Conselho Federal de Medicina, considera que na doação há manifesta vontade de não querer ser pai ou mãe da criança gerada a partir do material genético cedido. Entretanto não há manifestação de vontade da criança no sentido de renunciar a ascendência biológica, mesmo porque, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente preleciona o caráter indisponível, além de personalíssimo e intransferível, do direito ao conhecimento da origem genética.

Em razão disso, ainda que se considere que o vínculo de paternidade ou maternidade não possa se estabelecer entre os doadores de gametas e o fruto da concepção, há legítimo interesse da criança em conhecer a origem biológica. Vale ressaltar que, o direito se restringe ao conhecimento da ascendência biológica, sem que quaisquer vínculos jurídicos sejam estabelecidos, como direito a alimentação, nome ou sucessão.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Levando-se em conta a constante evolução da biotecnologia e sua afetação a todos os ramos da ciência jurídica, especialmente do biodireito, importante assinalar o princípio da dignidade da pessoa humana para a solução de conflitos advindos das novas situações, as quais se apresentam sem regulamentação específica.

A luz deste princípio e partindo-se da ideia de que não há direito absoluto, com o reconhecimento de um direito à identidade genética pela ordem jurídica, ainda que de forma

implícita, e com a delimitação de seu objeto e suas funções, viabiliza-se a busca de efetivas soluções na esfera jurídica, no que diz respeito a proteção e promoção deste novo bem fundamental, bem como se impõe o incremento dos estudos e da produção científica nessa seara.

A reflexão e estudos realizados levam a concluir pela plena justificativa da consagração da identidade genética da pessoa humana como bem jurídico fundamental. Legar esse direito importa em não negar a busca pelas respostas a questionamento que surgem na vida, como os decorrentes de características fenotípicas, explicações acerca da índole e do comportamento social, propensões ou resistências a certas doenças, ou seja, não negar o autoconhecimento necessário para vida autônoma.

Ainda que o direito ao anonimato dos doadores de material genético deva ser mantido, sucumbirá diante do indivíduo concebido por técnica de reprodução heteróloga, a quem se confere o direito ao acesso às informações sobre toda sua história sob o prisma biológico para o resguardo da sua existência.

Assim, após a realização de um juízo de ponderação entre o direito a identidade genética quando em rota de colisão com o direito fundamenta a privacidade, o indivíduo concebido através de técnicas de reprodução heteróloga poderá buscar o conhecimento de seus progenitores, independentemente do anonimato estabelecido entre as partes ou imposto pela clínica de fertilização, por tratar-se de direito fundamental.

De tal sorte, a releitura do direito frente a nova realidade impulsionada pelas técnicas de reprodução artificial humana se mostra cogente, a fim de evitar, ou ao menos diminuir, efeitos danosos do progresso científico e os consequentes ataques à dignidade da pessoa humana, determinando-lhe um norte, sem impedir seu desenvolvimento.

## Referências Bibliográficas

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese Editora, v.7, n.34, p. 72-98, fev. 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 01 set 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução (2013). **Resolução nº2.013, de 09 de maio de 2013**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <[www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acessado em 01 set 2013.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do Direito Comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese Editora. v. 2, n.5, p.7-28. abr/jun, 2000.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433.

GARCEZ, Sérgio Matheus. A Filiação como Princípio Constitucional e como Preceito Infraconstitucional. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, RS: IOB, v.9, n.50, out/nov. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese Editora, v.6, n. 24, p. 136-156, jun/jul. 2004.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil Ano 2000**. *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Colloquia-2, 40, Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 263 e 389.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Igualdade, formal e Substancial, na Filiação: Repercussões no Direito das Sucessões. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre, RS: IOB, v.9, n.48, p. 25-39, jun/jul. 2008.

UNESCO. Declaração (1997). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/dechumana.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm)>. Acessado em 01 set 2013.

VENCELAU, Rose Melo. *Status* de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et. al. (org.). **Diálogos sobre o direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379-400.