

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS NA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA¹

Ariadne dos Santos Antunes²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS; 2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL; 2.2 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA; 3 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR; 4 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS NA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA; 4.1 RAZÕES QUE LEVAM O FILHO SOCIOAFETIVO A BUSCAR SUA ORIGEM GENÉTICA; 5 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE INTERESSES: DIREITO AO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA; 5.1 O ANONIMATO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE; 5.2 O DIREITO AO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5.3 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é enfatizar a técnica de inseminação artificial heteróloga no que tange ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida, frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Será abordado o direito do filho, se tem o direito de saber quem é seu pai biológico, quando configurada uma paternidade socioafetiva, ainda que implique na quebra do anonimato do doador do sêmem. A inseminação artificial gera algumas polêmicas no direito do brasileiro, pois o mesmo não tem uma lei específica para regulamentar o uso da técnica, cuja fiscalização é imposto pela Resolução de Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92. Podendo haver a investigação somente em casos específicos, que são: por necessidade psicológica, impedimentos matrimoniais, por doenças genéticas hereditárias. Fora essas possibilidades ficarão a cargo do Poder Judiciário decidir o caso concreto, já que ambos, tanto a busca pela ascendência genética, quanto o sigilo dos doadores de gametas, encontram-se resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: : identidade genética, fertilização *in vitro* heteróloga, anonimato do doador, investigação de paternidade, ponderação de interesses.

ABSTRACT: *The objective of this study is to emphasize the artificial heterologous insemination with regard to donor anonymity of the genetic material in assisted reproduction, opposite the principle of human dignity. The right of the child will be covered, you have a right to know who is their biological father, when configured one socio-affective paternity, even if it involves the breaking of the anonymity semen donation. Artificial insemination generates some controversy on the right of Brazil,*

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Me. Roberto Feguri.

² Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2010. dadi_15msn@hotmail.com.

because it has no specific law to regulate the use of the technique, whose supervision is imposed by Resolution of the Federal Council of Medicine No. 1,358 / 92, and there may be research only in specific cases which are: a psychological need, marital impediments, by hereditary genetic diseases out these possibilities will be the responsibility of the judiciary to decide the case, since both, thus the search for genetic ancestry, as the secrecy of gamete donors, are If safeguarded by Brazilian law.

KEY-WORDS: *genetic identity, in vitro fertilization heterologous, donor anonymity, paternity, balance of interests.*

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da ciência e o surgimento de várias técnicas de reproduções medicamente assistida, está cada vez mais evidente o conflito a respeito do direito e deveres daqueles que fazem parte do ciclo reprodutivo.

Diante do aumento da esterilidade e infertilidade das pessoas, a ciência evolui suas pesquisas gerando técnicas de conservação do sêmem masculino para injetá-lo no óvulo em tempo oportuno, com intuito de permitir a fecundação por meios que não aqueles considerados naturais. Apesar de seu reconhecimento crescente no cenário jurídico, no Brasil não existe legislação específica acerca dessas técnicas, mas são reguladas pela Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que contém as normas ética para a utilização dessa técnica, mas não é apropriada para o meio jurídico, necessitando ainda de uma lei específica que dê mais segurança e que minimize as divêrgencias.

A Inseminação Artificial Heteróloga, recorre-se à utilização de material biológico de uma terceira pessoa estranha ao casal, em razão dos problemas relacionado à infertilidade. Desse modo, não se pode negar que os direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, bem como direitos de personalidade, vão estar em causa quando se faz o uso da referida técnica de Reprodução Humana Assistida.

No caso específico da reprodução humana *in vitro* heteróloga, onde existe o doador anônimo dos gametas fecundados, tem-se o fato que o concebido por essa técnica pode vir a requerer a investigação da identidade genética. O direito ao conhecimento das origens genéticas consiste na possibilidade de que todo ser humano ter acesso à identidade dos seus genitores, conflitando com o direito à

intimidade do doador, pois, para este, até então, o ato de doar era anônimo, sendo que o concebido não poderia conhecer a identidade dos receptadores. Neste sentido, o direito ao conhecimento das origens genéticas deve prevalecer, posto que a sua materialização não configura qualquer consequência jurídica para o doador, que terá apenas sua identidade civil revelada.

Surge a necessidade do Direito solucionar esse conflito entre o direito do filho de conhecer a identidade do doador do material biológico utilizado na inseminação e o direito do doador de, na livre disposição de seu corpo, manter seu anonimato e, diante disso, de não ter direito ao conhecimento de sua descendência biológica

Por se tratar de um tema bastante amplo pretende-se analisar e refletir acerca das implicações do direito ao conhecimento das origens genéticas em sede de Inseminação Artificial Heteróloga de forma geral, bucar-se-à verificar e refletir sobre a repercussão de reconhecimento do direito ao conhecimento das origens genéticas.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS

As técnicas de reprodução assistida vêm, nos últimos tempos, ganhando espaço principalmente ao casal que deseja ter filhos e não consegue obter resultado através da reprodução natural, podendo este recorrer às intervenções de clínicas ou a técnicas de reprodução artificial também chamada de reprodução humana medicamente assistida.

A história da humanidade sempre revelou uma intensa preocupação com a questão da fecundidade. Desde o início das civilizações a reprodução humana sempre foi um tema de destaque, devido à necessidade do homem em dar surgimento à descendência familiar, de transmitir sua tradição, seu nome e seus valores.³

A reprodução humana assistida surge como um meio legítimo de satisfazer o desejo de ter filhos em benefício de casal estéril ou infértil, por esterilidade, entende-se que a capacidade natural do homem ou da mulher, ou até

³ PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.56.

mesmo de ambos, de gerar filhos é nula. Quanto à infertilidade, caracteriza-se pela diminuição da chance de gravidez.

Assegurado constitucionalmente a todo cidadão e regulamentado pela Lei nº 9.263/96 a reprodução assistida é um direito de planejamento familiar. Esse direito tem como fundamento a paternidade responsável, paternidade consciente e a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que o Estado só compete como dever, propiciar os recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

Dentre as principais técnicas, destaca-se a inseminação artificial, sendo elas as duas espécies: homólogas que o material procede do próprio casal que tem o projeto parental e heteróloga o material reprodutivo é de um doador.

2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial é o ato pelo qual se insere sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou por via transvaginal (catéter). É um processo simples e de baixo custo que visa otimizar a gravidez e consiste na tentativa de fecundar uma mulher por via diferente da relação sexual.

Dentre as principais técnicas atualmente disponíveis, extraída da pesquisa de Suzigan Mano, destaca-se:

Inseminação artificial (IA): é um método em que são colocados mecanicamente espermatozóides, após terem sido colhidos e tratados, no interior do aparelho genital feminino, ocorrendo a fecundação dentro da mulher.⁴

As espécies de inseminação mais utilizadas são homóloga e heteróloga. A primeira o material utilizado pertence ao marido ou companheiro da mulher receptadora, não traz grandes controvérsias. A segunda o material genético é de um doador, ou seja, a hereditariedade jurídica diverge da biológica.

As questões no âmbito jurídico, acerca do emprego dessa técnica, situam-se basicamente, no questionamento em relação à origem do sêmen

⁴ MANO, Luís Paulo Suzigan. **Da personalidade no novo Código Civil**: Aspectos jurídicos da clonagem e da reprodução medicamente assistida. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=570. Acesso em 06. Maio. 2015.

utilizado, o momento da sua utilização e a necessidade de consentimento de ambos os cônjuges.

A inseminação artificial, segundo Regina Fiúza Sauwen, um auxílio dentro do processo natural de fecundação humana, que poderá estar sendo prejudicado por causa da impotência masculina ou da incompatibilidade sexual entre o casal. Podem também ocorrer problemas quanto à qualidade do espermatozóide (mobilidade ou morfologia anormal).⁵

Essa técnica, portanto, é realizada dentro do corpo da mulher. É necessário que seja introduzido sêmen do marido ou companheiro no canal vaginal da mulher. É preciso considerar, no entanto, questionamento acerca da utilização da técnica em mulheres solteiras e em casais homossexuais.

2.2 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA

A fertilização *in vitro* heteróloga considera a mais moderna e a mais polêmica técnica da reprodução humana assistida diante aos outros meios que se dão à fecundação. A técnica consiste na coleta dos gametas, do marido ou de terceiro, para que a fecundação seja feita em laboratório e depois na transferência desses embriões de volta para o útero materno. Então o embrião é fecundado fora do corpo da mulher para posteriormente ser introduzido no corpo do dono do óvulo ou de terceira (receptadora).

Antes de tratar da fertilização *in vitro* heteróloga, é de primordial importância estabelecer breve distinção entre esta técnica e a técnica da inseminação artificial homóloga.

A inseminação artificial homóloga é uma espécie que não traz implicações no meio jurídico acerca da sua utilização, pois o material biológico utilizado é do próprio marido ou companheiro, ou seja, a paternidade é coincida com a maternidade.

Dinis, ensina que:

Esta técnica ocorre somente entre casal, no sentido que não há, como ocorre na inseminação artificial heteróloga, a presença de um terceiro doador. Tudo ocorre dentro do casal, quando a mulher, por qualquer razão,

⁵ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Editor Lúmen Juris, 1997. p. 76.

não consegue conceber pelo processo natural, embora apta à gestação. Recorre, portanto, ao sêmen do marido, fresco e criogenizado procedendo-se a inseminação in vivo, recolocando o pré-embrião no útero da mulher.⁶

Sobre a inseminação artificial heteróloga gera grandes implicações jurídicas, sobretudo porque, entre outras questões, a paternidade biológica difere da paternidade legal. Diz-se heteróloga quando o espermatozóide ou óvulo utilizado provém de doador estranho ao casal. A prática de doação de gametas é atividade lícita e válida desde que não tenha um fim lucrativo ou comercial.

Tal técnica deve-se ao fato da fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorrer fora do corpo da mulher, sendo realizada em laboratório, por isso chamada, *in vitro*. Os embriões resultantes desta fertilização são transferidos para o útero aproximadamente 72 horas após a captação dos óvulos.

A referida técnica se dá quando no casamento ou, união estável, em razão da infertilidade ou esterilidade de um dos cônjuges ou companheiro, ou até mesmo dos dois, não se concretiza a gravidez.

Veloso citando Guilherme de Oliveira, diz que se fez:

[...] interessante observação ao destacar que a tecnologia ocidental encontrou na inseminação heteróloga o meio de resolver o problema da esterilidade do marido sem ofender a tradição da fidelidade judaico-cristã e respeitar a intimidade da família conjugal moderna.⁷

Porém, é obvio que na utilização dessa técnica, o homem, a mulher, ou os dois, não terão vínculo biológico com a criança, por esse motivo haverá consentimento do marido ou da mulher, para a realização do tal ato, configurando-se o vínculo de parentesco afetivo apenas.

Ressalta-se que no Brasil, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina veda tal possibilidade, assegurando sigilo das informações tanto dos doadores quando dos receptores envolvidos na reprodução assistida.

Diniz, com muita propriedade, ensina que:

[...] urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-se na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano. O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de

⁶ DINIS, Joaquim José de Sousa. Filiação resultante da fecundação artificial humana. In: **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 45.

⁷ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.p.152.

amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e para o filho. Dever-se-á, em nosso entender, coibir inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade.⁸

A fertilização *in vitro* heteróloga é considerada a mais polêmica, pois envolve terceiro na reprodução, que é o doador de sêmen ou óvulo. E a maior discussão é sob os direitos dos concebidos pela fertilização *in vitro* de ter sua origem genética reconhecida, sendo que o doador é anônimo.

3 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

Na fertilização *in vitro* heteróloga que utiliza do gameta de doador anônimo para que ocorra a fecundação, verifica-se ausência de tutela específica o que gera insegurança ética e jurídica no país. O princípio do anonimato é visto hoje como a pedra fundamental dos tratamentos de reprodução assistida, ficando vedada a divulgação da identidade civil, tendo-se em vista que quando no ato da doação o doador não tinha o interesse em manter vínculos familiares com a futura criança, nem mesmo a família que recebeu a doação que um terceiro venha interferir nas suas vidas.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010 estabelece no art. 4º item IV que:

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

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.⁹

Existem muitas posições favoráveis ao anonimato do doador, principalmente no que se refere ao vínculo jurídico paterno-filial. Eduardo de Oliveira Leite justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito**. 6.ed. rev. aum.atual. São Paulo: Saraiva, 2009.p.546.

⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.957/2010. **Diário Oficial da União**. 6 jan. 2011. Seção I, p.79. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 27 de abril 2015.

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.¹⁰

O autor, portanto defende o anonimato do doador ainda que a identidade do doador seja revelada, poderá pedir uma reparação civil ao dano a ele acarretado. Para ele, “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação”.¹¹

No ponto de vista biológico a paternidade é definida por aquele que contribuiu com o material genético para que seu filho venha nascer, portanto sendo o doador. Quando se fala em reprodução assistida heteróloga, no entanto, não há conflito em determinar qual dos pais irá assumir as responsabilidades decorrentes da paternidade, unicamente por uma simples razão, não há dois pais, há apenas um pai e, de outro lado, um doador.

O Código Civil afasta a ideia de que aquele que contribuiu com o material genético para o nascimento da criança é pai desta. A paternidade socioafetiva há muito tempo vem ocupando lugar destacável em nosso ordenamento jurídico.

Embora não seja possível determinar o que motiva um homem a doar, muito provavelmente, não o faz com vistas em assumir a paternidade de um filho, de cuja mãe sequer conhece.

Contextualizando sobre a autonomia da doação, Gama reflete no sentido de que:

[...] a pessoa humana, nas suas relações em sociedade, desfruta de vários direitos que se vinculam à tutela e promoção de valores básicos, tanto no campo individual quanto no social, que devem ser preservados para que a sociedade e as pessoas nela inseridas consigam atingir seus objetivos.

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995.p.145.

¹¹ LEITE, *op. cit.* p. 339.

Entre tais direitos há aqueles que conferem essencialidade e individualidade a cada pessoa na vida social.¹²

Chama atenção pelo fato de que a posição que tem prevalecido nos tribunais acerca das reproduções assistidas heteróloga e que “o anonimato foi elevado à condição de princípio fundamental, aplicando-se inclusive à própria pessoa que foi concebida por procriação assistida.”¹³

Eduardo de Oliveira Leite, também defende que a doação deve sempre ser anônima preservando o maior interesse que é o da criança e posteriormente o doador contra qualquer tentativa de laços de filiação, e também resguardando a vida familiar contra qualquer tentativa mal intencionada do doador.¹⁴

No mesmo sentido, Gama, acrescenta que:

[...] os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção dos melhores interesses da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa [...] fruto de procriação assistida heteróloga.¹⁵

Essas medidas de proteção foram implantadas nos casos da doação de gametas e embriões para preservar a criança que nascer, eis que, as consequências da divulgação da identidade genética podem dificultar o relacionamento e a integração com a família que recebeu a doação e também evitando que o doador possa interferir na vida dessa família.

Maria Cláudia Crespo Brauner afirma que:

[...] a identidade do doador só pode ser revelada em casos de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informações genéticas indispensáveis à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa.¹⁶

¹² 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.p. 904.

¹³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.91.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 158.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *op. cit.* p.903.

¹⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

Tycho Brahe Fernandes entende que a lei deve prever a quebra do sigilo do doador do material genético por via judicial, mas as informações deveriam ser repassadas ao concebido por meio da inseminação somente quando completasse a maioridade. Frisa que não seria admitido vínculo paterno-filial.¹⁷

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

Destacável no tocante à questão do anonimato, na obra de Luiz Roldão de Freitas Gomes, que na Suécia existe lei no sentido de permitir que o concebido por meio de inseminação artificial, após ter atingido a maioridade e ser ouvido por assistente social tenha o direito de descobrir a identidade do doador através dos documentos mantidos no hospital.¹⁸

Quanto à questão do anonimato, percebível a fragilidade do assunto, no sentido de que há divergência explícita sobre a temática. Há autores que defendem o anonimato, de acordo com o princípio da intimidade e da privacidade; enquanto outros, como por exemplo, Selma Rodrigues Petterle alega que “o direito à identidade genética tem seu fundamento no princípio da dignidade humana, não podendo, pois, ser obstaculizado.”¹⁹

Os posicionamentos desfavoráveis ao anonimato pairam no sentido de que não há a pretensão de constituir vínculo de filiação entre a criança e o doador, uma vez que é reconhecida a importância da paternidade socioafetiva, nem, tampouco, adquirir vantagens de ordem pecuniária. É somente um direito de buscar a identidade genética.

¹⁷ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 112.

¹⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Questões jurídicas em torno da inseminação artificial**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 678, p. 271, abr. 1992.

¹⁹ PETTERLE, Selma Rodrigues. **Contornos do direito fundamental à identidade genética da pessoa humana na Constituição brasileira**. 2003. Trabalho de conclusão de curso (grau de bacharelado em ciências jurídicas e sociais). Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul. p.108.

É possível observar que existem diferentes correntes a respeito da defesa ou não do anonimato do doador. Há posicionamento que defende o anonimato absoluto, alegando que se os doadores pudessem ser identificados cairia o número de doadores.

Ressaltam que os doadores não gostariam de correr o risco de ter alguém cobrando direitos decorrentes da paternidade. Há correntes, todavia, que defendem que deve ser permitida a identificação do doador se a pessoa, que nasceu a partir da inseminação heteróloga, assim o desejar. Existe, entretanto, uma corrente intermediária que entende ser cabível revelar a identidade do doador em casos de doenças hereditárias, por exemplo.

4 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DOS CONCEBIDOS NA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HETERÓLOGA

A identidade genética é a referência biológica de cada ser humano. E o conhecimento desse referencial biológico pode gerar conflito, na medida em que o anonimato do doador do material genético é assegurado.

Como menciona Maria Christina de Almeida:

[...] toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.²⁰

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano”²¹

Toda pessoa tem um direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos. Esse direito é individual, personalíssimo não dependendo de ser inserido em relações de família para ser tutelado ou protegido.

²⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. **Dna e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista brasileira de Direito de Família. 19:133-56. p. 153.

O direito à identidade genética não está expressamente consagrado no texto constitucional. Mas é um direito fundamental. Isso se justifica na medida em que o rol de direitos fundamentais na Constituição Federal não é taxativo, restando aberta a possibilidade de identificar e construir outras posições jurídicas fundamentais que não as positivadas.

Seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade dessa investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

O fato de ter a Constituição Federal um rol não exaustivo se dá por causa da chamada cláusula aberta. Pois há direitos que possuem relevância, conteúdo materialmente significativo e que não estão positivados, merecedores, portanto, de proteção constitucional.

Em que pese o item dois do capítulo quatro da Resolução CFM 1.957/2010, determinar que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”, e o item três, do mesmo capítulo, determinar que “obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas ou pré-embriões”, assim como dos receptores, não seria conveniente lembrar que o direito à identidade genética, inalienável, imprescritível como é, devesse estar a admitir exatamente o contrário do que dispõe a resolução.

Destacável a fragilidade do tema, tendo em vista que há uma colisão de direitos fundamentais. Não há como estabelecer uma regra para determinar a prevalência de um sobre o outro, pois ambos de fundamental importância. Premente legislação sobre o tema para possibilitar a harmonia entre os princípios.

Como bem aponta Paulo Luiz Netto Lôbo, “a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”.²²

Oportuna observação do autor no sentido de que nada aponta para atribuição da paternidade àqueles que fazem doação de gametas. Aquele que nasce através da inseminação artificial heteróloga poderia, para fins de direito da

²² LÔBO, *loc. cit.* p. 153.

personalidade, procurar saber quem é o doador, mas não poderia fazê-lo com o escopo de atribuição da paternidade, portanto.

Na medida em que é reconhecido que a origem biológica da filiação não é mais o dado crucial no estabelecimento da paternidade, é forçoso reconhecer que o direito ao seu conhecimento afeta de forma alguma o estado de filiação. Conhecer a origem genética não significa estremecer a relação paterno-filial constituída pelo vínculo civil derivado da reprodução assistida, mas tão somente da concretude ao direito à identidade genética.

A origem biológica da filiação deixou de ser a questão mais relevante para se tornar uma espécie, juntamente com o não biológica. A efetividade é o que se privilegia. Esta é a tendência atual do ordenamento jurídico.

Não se pode negar, todavia que como acentua Paulo Luiz Netto Lôbo, os Tribunais veem confundido o que seja estado de filiação com origem genética. A distinção, contudo, é necessária para que, no confronto de interesses protegidos pelo Direito, seja possível escolher aquele que deve preponderar.²³

A Constituição Federal não tem uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade. No entanto, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade humana, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.²⁴

É possível ter a certeza de que um corpo normativo eficazmente protetivo e assegurador de direitos será traçado, considerando que a norma estabelecida começa por tolher um dos mais expressivos direitos, denominado direito à identidade genética? Há necessidade premente do Direito cumprir seu papel, propiciando o regramento que possa, ao mesmo tempo, garantir a evolução científica e o respeito aos princípios constitucionais, sobretudo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, cabe então analisar junto ao princípio da dignidade da pessoa humana se os direitos fundamentais estão sendo preservados e também se está havendo o cuidado necessário que essa pessoa merece como ser humano,

²³ Ibidem. p. 134.

²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137.

como ser portador de dignidade e se está sendo tratado apenas como uma invenção da medicina genética. Cabendo ao legislador à análise do que deve prevalecer nesse sentido, eis que se verifica a existência de um direito sobreposto a outro.

4.1 RAZÕES QUE LEVAM O FILHO SOCIOAFETIVO A BUSCAR SUA ORIGEM GENÉTICA

Nos dias atuais, os efeitos da filiação são muito mais relevantes quando considerado os vínculos de afeto do que o vínculo de consanguinidade. Na legislação, o artigo 1.593 do Código Civil prevê que o parentesco pode ser dar por “outra origem”. Considera-se esta outra origem como critério socioafetivo de filiação, ou paterno-filial.

Otoni esclarece o conceito de socioafetividade no seguinte sentido,

A posse de estado de filho, elemento caracterizador da paternidade socioafetiva, é decorrente da função de pai e/ou mãe, bem como do querer ser filho de alguém, ou seja, a partir do momento em que um casal (ou uma só pessoa) se dispõe a cuidar da criança tratando-a como filho através do carinho, do respeito, da convivência, presente estará à posse de estado de filho. A paternidade se faz, se constrói e esta construção irá refletir na afetividade. Daí a ideia de que o estado de filho afetivo não se dá com o nascimento e sim com a manifestação da vontade.²⁵

Além de ser um ato de vontade das partes, e cumprir um papel importantíssimo dentro da família, o critério socioafetivo deve ser exclusivamente fundado por gestos de amor, carinho, respeito e reciprocidade entre os entes familiares. O filho deve ser tratado sem qualquer distinção em relação aos outros e principalmente ter os mesmos direitos e deveres daqueles.

Através da técnica de reprodução assistida heteróloga, não se pode, baseando-se no princípio da igualdade, ao determinar a paternidade e maternidade da criança concebida em favor dos pais socioafetivos, que além dos pais, a criança também possua interesses, dentre os quais, buscar sua própria origem genética.

Conforme elenca Cândido, quatro são as principais hipóteses para que surja este interesse:

²⁵ OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. IBDFAM, [s./l.], 29 setembro 2010.

- 1- A falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecido quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo;
- 2- Pode também ser movido pela vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimentos com os que lhe criaram;
- 3- Pode surgir da necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho socioafetivo;
- 4- Como pode também ter como partida a mera curiosidade sobre aquele ou aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.²⁶

Na primeira hipótese, o argumento de Cândido, é o de que a Constituição Federal em seu art. 226, § 4º, que reconhece como entidade familiar “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, sendo assim seria uma incoerência reconhecer a família monoparental, e em contrapartida excluir as pessoas solteiras da possibilidade de serem beneficiárias de técnicas de reprodução medicamente assistida. É o que regula o art 3º da Lei nº 9.263/96, que regulamenta o direito constitucional ao planejamento familiar:

Art. 3º. O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único. As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção.

Destaca-se que diante da possibilidade legal de os solteiros se beneficiarem dos referidos métodos de reprodução assistida, surgirão pessoas nascidas destas técnicas que venham requerer o conhecimento biológico de seu pai biológico, uma vez que a figura paterna, assim como a materna, são indispensáveis para o desenvolvimento íntegro de qualquer pessoa. Ocorre que o direito ao conhecimento da ascendência genética nestes casos não é tema pacífico, considerado que alguns doutrinadores reconhecem o direito do filho e outro não. Sintetiza Silmara de Abreu que:

²⁶ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10171/reproducao-medicamente-assistida-heterologa>. Acesso em: 06 junho 2015.

Ter direito ao reconhecimento da origem genética não significa subjugação, discriminação ou preponderância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, pois tal entendimento só seria relevante quando tratamos da discussão travada em um conflito positivo de paternidade, mas, ao tratar de uma criança que não terá pai algum e desejando conhecer seus verdadeiros pais, nada mais lógico que se reconheça esse direito.²⁷

Assim, importante se faz destacar que o reconhecimento do doador do material fecundante que possibilitou a aplicação da técnica de reprodução assistida não implica impor vínculo familiares, sendo que existe uma grande diferença em mero conhecimento de sua origem genética para o reconhecimento de paternidade.

De igual maneira, é o entendimento da doutrinadora Olga Jubert Krell:

Pode-se afirmar que o doador do material fecundante será o genitor da criança sob o prisma biológico, as não poderão ser consideradas pai, diante da ausência de qualquer objeto de integrar o projeto parental consistente na formação e desenvolvimento da criança a ser concebida.²⁸

No que tange à segunda hipótese de que o filho gerado via técnica de reprodução assistida pode ser movido pela vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimento com os que criaram, há de ser desconsiderada, uma vez que seria comum o filho requerer a paternidade biológica apenas visando ganhos financeiros.

A hipótese seguinte diz respeito à necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente, útil à manutenção da vida do ser gerado, levando-se em conta o atual progresso da medicina ao permitir que doenças possam ser poupadas quando se tem informação da carga genética da pessoa a ser tratada.

O mesmo ocorre com a questão do incesto, não apenas pela impossibilidade de união civil, também podendo ser investigado para prevenção de doenças, já que se sabe que os filhos advindos de casais com certo grau de parentesco podem vir a nascer com problemas genéticos.

Por fim a quarta e última hipótese é a relativa à curiosidade da criança sobre aquele que doou o material genético para que o mesmo fosse gerado,

²⁷ CHINELATO, Silmara de Abreu Juny. *apud* Moreira FILHO. José Roberto. **Direito à identidade genética**. 2002.

²⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e a filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011. p.162.

o que é para uma parte da doutrina possível, uma vez que se faz necessário conhecer a ascendência como forma de compor a própria personalidade, porém conforme já aludido acima, o assim não está pacífico na doutrina, conforme esclarece Cândido:

Afirma esta parte da doutrina que o argumento em que se baseiam os defensores do direito ao conhecimento, que se funda nos direitos de personalidade, alegando a necessidade do ser gerado de forma heteróloga de conhecer sua origem como meio para formar sua própria identidade, não é forte o bastante, pois inúmeras crianças crescem em famílias monoparentais e formam sua identidade, de forma que o conhecimento da própria origem não é imprescindível elemento construtor da personalidade humana.²⁹

Diante do exposto, independente do ensejo pelo qual nasça o interesse da criança em conhecer sua ascendência genética sempre haverá impedimento à realização de sua vontade: o anonimato do doador determinado na única regulamentação a respeito da aplicação das técnicas de reprodução medicamente assistida, a Resolução nº 1.957/2010 do CMF.

Então, depara-se com o seguinte conflito: enquanto a Resolução do Conselho Federal de Medicina aplica o direito ao anonimato do doador de gametas, constituído no direito fundamental à identidade, a doutrina jurídica entende que o direito do ser gerado de conhecer sua ascendência genética faz parte dos direitos fundamentais inerentes à personalidade. O conflito envolve fundamental, como se verá a seguir.

5 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE INTERESSES: DIREITO AO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Antes mesmo de entrar no mérito da colisão de interesses ao direito do anonimato e ao direito ao conhecimento da origem genética, há necessidade de entender os aspectos que envolvem tais direitos. Inicialmente, cabe um breve comentário sobre a essencialidade dos direitos existenciais.

²⁹ CÂNDIDO. Nathalie Carvalho. *op.cit.*

Em sentido conceitual, direitos existências conforme Anderson Schreiber são aqueles que correspondem àqueles inerentes à pessoa humana.³⁰

A este respeito, ensina José Afonso Silva, em sua conceituação acerca da dignidade da pessoa humana:

A dignidade à pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Fala-se em dignidade espiritual, dignidade intelectual, dignidade social, dignidade moral.³¹

O direito existencial, por sua vez, está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, a princípio consistente em um valor essencial, reconhecido a cada indivíduo, que não recaem sobre as relações que o indivíduo tenha como determinada coisa ou com outra pessoa.

Conforme leciona Wolfgang Sarlet:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³²

Alexandre de Moraes também conceitua, como sendo dignidade da pessoa humana, unidade de direitos e garantias fundamentais, inerente à personalidade humana.³³

A Constituição Federal da República de 1988 fundamenta à dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso III, que passou a ser verdadeira cláusula geral, contudo, cumpre inicialmente ressaltar que a dignidade da pessoa humana não configura um direito conferido pela Carta Magna, mas sim um atributo reconhecido e protegido pela Constituição Federal, que todos ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 85.

³¹ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

Assim, o constituinte ao dispor a dignidade da pessoa humana de uma maneira tão elevada, acabou colocando a personalidade como de valor inigualável. E ainda afirma, que ao conferir tratamento de tamanha primazia à personalidade e os direitos a ela inerentes, a Constituição demonstra especial preocupação com a pessoa humana e a tutela de seus direitos.

O direito da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desde modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade. Os direitos da personalidade como tal, visam à proteção dos modos de ser da pessoa, das projeções físicas e não físicas das pessoas, ou seja, de seus atributos personalíssimos, os quais são essenciais.

Portanto, conceitua Maria Helena Diniz:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito a personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é para sobreviver e se adaptar as condições do ambiente, em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.³⁴

Contudo, é importante destacar que o direito a identidade genética e o direito do anonimato do doador de material genético são vertentes de dos direitos fundamentais, quais sejam, o direito à personalidade e o direito à intimidade, os quais no caso de reprodução humana assistida heteróloga entram em colisão de interesses.

5.1 O ANONIMATO COMO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada no ponto de vista jurídico não são palavras sinônimas, uma vez que a intimidade é um termo de sentido mais restrito em relação à privacidade.

Acerca do tema ensina Alexandre de Moraes que:

Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos

³⁴ DINIZ, *op. cit.* p.62.

os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.³⁵

Andrade compreende-se como direito à intimidade a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, ou seja, as aspirações, pensamentos, ideias e sentimentos.³⁶ No que se refere à vida privada, Marcelo Cardoso Pereira esclarece que “a vida privada seria, em uma primeira aproximação, tudo o que não pertença ao âmbito da intimidade, mas que, por sua vez, não transparece à esfera pública”.³⁷

Conforme já mencionada, a Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina é a única norma que regulamenta administrativamente a reprodução assistida, que sobrepõe o direito à intimidade do doador ao direito da pessoa gerada mediante utilização dessa técnica a conhecer sua origem genética. Nessa perspectiva, o direito à identidade consiste no impedimento de qualquer forma de publicação dos dados essenciais da pessoa, sem a devida autorização desta, no sentido de que todos têm o direito à ressalva sobre o conhecimento de sua vida íntima.

E não é outro o entendimento de Natalie Cândido

Em outras palavras, a intimidade é a autonomia inerente ao ser humano de preservar os aspectos íntimos de sua vida, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, referem-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo. Assim sendo, não poderia haver entendimento diverso nos casos de Reprodução Humana Assistida, nos quais o doador de material genético tem o direito de manter em segredo a sua identidade, preservando a sua intimidade.³⁸

Assim, como na resolução do Conselho Federal de Medicina, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, prevê o direito à intimidade, no qual se insere a proteção ao anonimato do doador de gameta, que diz ser inviolável “[...]a

³⁵ MORAES. *op. cit.* p. 53.

³⁶ ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. **O Direito à Intimidade e à Vida Privada em face das Novas Tecnologias da Informação.** Disponível em http://www.faeite.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE_E_%20A_VIDA_PRIVADA_EM_FACEDAS_NOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAO-Allan%20Diego.pdf. Acesso em: 05 junho 2015.

³⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet.** Curitiba: Juruá Editora, 2003. p.

140.

³⁸ CÂNDIDO. Nathalie Carvalho. *op.cit.*

intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.³⁹

Portanto, é a partir desse entendimento que o doador de gametas tem direito ao sigilo à intimidade, sendo esse direito garantido pelo ordenamento jurídico, e amparado como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

5.2 O DIREITO AO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conhecimento à origem genética é consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, garantido à pessoa já que se trata de um direito fundamental. Como reflexo a tutela dos direitos a personalidade, mostra-se um assunto bastante delicado, já que o remete às suas próprias origens, aos seus pais biológicos.

O direito fundamental a identidade genética, busca salvaguardar a constituição individual, a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano, justamente para evitar leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos conhecimentos científicos. Aliás, somente uma proteção jurídica reforçada poderá evitar visões do ser humano, negar à pessoa o direito de investigar suas origens genéticas e históricas é negar-lhe sua própria identidade, uma vez que o direito à identidade genética é um direito fundamental personalíssimo, portanto, insuscetível de renúncia.

Segundo Moreira Filho, se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética sem que isso constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, porventura formada e sem que implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético.⁴⁰

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada até a Emenda n. 87/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 abril 2015.

⁴⁰ MOREIRA FILHO. José Roberto. Direito a identidade genética. **Jus Navegandi**, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2744/direito-a-identidade-genetica>. Acesso em 19 maio. 2015.

Tendo-se em linha de conta que essa possibilidade, atendendo aos direitos da personalidade daquele que anseia por conhecer sua origem biológica, sem desconstituir os vínculos socioafetivos, afigura-se bastante interessante, se o interessado tiver maturidade e o fato não lhe gerar transtornos de ordem psicoemocional.

5.3 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas. Isto significa que, uma norma para ser válida é necessária que busque seu fundamento de validade em uma norma superior. Sendo assim, é a Constituição, como fonte de validade de todas as normas. É também a Constituição que contém um sistema aberto de princípios e regras que vão orientar todo um sistema.

Afinal, quando se depara com duas regras que aparentemente incidem sobre uma determinada hipótese fática, contrariando-se, a solução se dá pelo menos três critérios clássicos apontados por Bobbio e aceitos quase universalmente, ou seja, o cronológico, hierárquico e o da especialidade.⁴¹ Deste modo, quando existem duas regras em conflito aplica-se um desses três critérios, porém, quando se tratam de princípios fundamentais, o mesmo não ocorre, uma vez que se pode afirmar que de uma maneira geral não existe hierarquia entre princípios constitucionais.

Assim, quando há colisão entre esses princípios a solução da referida colisão, far-se-á necessário o uso da técnica da ponderação de interesses, na qual devido às certas circunstâncias um princípio fundamental, prevalecerá sobre o outro e terá precedência, naquele caso, porém sempre buscando a concordância de ambos de maneira harmônica e equilibrada.

Portanto, conforme ensinam Adriana Moraes Ferreira e Karla Corrêa Cunha, partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais em questão (intimidade e conhecimento da origem genética) baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. (Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília, DF: Unb, 1996. p.130.

quando o conflito em questão envolve princípios.⁴² Embora os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexiste qualquer espécie de hierarquia entre eles.

Para melhor entendimento, é importante que se conceitue a referida ponderação de interesses, que segundo Ana Paula de Barcellos:

Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. Na verdade, a simples questão do que é a ponderação exige um exame mais aprofundado, tanto porque a ideia tem sido empregada pela jurisprudência de forma generosa.⁴³

Ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, porém não significa que um dos princípios deve ser desprezado, uma vez que ambos têm valor e interesse social.

Por tais razões, é fundamental utilizar-se da ponderação como critério para a solução de presente conflito de direitos fundamentais, quando se tem de um lado o direito fundamental à identidade genética enquanto espécie da identidade pessoal do ser humano concebido artificialmente e de outro, o direito fundamental à intimidade do doador de gametas. Sendo assim, para auxiliar na ponderação, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para a definição do direito que deve sobrepor-se ao outro.

Segundo Krell:

Tratando-se de duas normas constitucionais com idêntica hierarquia e força vinculante, caberá ao julgador ponderar e harmonizar os conflitos constitucionais em jogo, de acordo com o caso concreto, a ele apresentado, recorrendo inclusive ao princípio da proporcionalidade.⁴⁴

⁴² CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 18 maio 2015.

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.23.

⁴⁴ KRELL, *op.cit.* p.177.

Destarte, não restam dúvidas quanto ao caso em tela, no que se refere ao doador e à criança, no tocante ao fato de que ambos estão amparados pelo texto constitucional em seu direito, verificando-se uma colisão entre dois direitos fundamentais. Partindo dessa premissa enfatizam Cunha e Ferreira:

Os direitos fundamentais em questão baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada quando o conflito em questão envolve princípios. Embora os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexistente qualquer espécie de hierarquia entre eles.⁴⁵

O doutrinador Guilherme Calmon, lembra a importância da informação sobre a ascendência para compreensão da própria existência. O conhecimento da verdade sobre sua origem biológica, para o autor, é direito fundamental que integra o conjunto de direitos da personalidade humana, sendo possível que o direito à intimidade do doador de gametas ceda em favor do direito à intimidade pessoal e genética da pessoa concebida artificialmente. Contudo, não se pode negligenciar o grandioso valor à intimidade, que também compõe a dignidade da pessoa humana, fundamento da ponderação de interesses.⁴⁶

Desta forma, parte da doutrina defende o anonimato dos doadores, tendo em vista não apenas o direito à intimidade do doador de gametas, mas, sobretudo o bem-estar emocional e psíquico da criança, que poderá ressentir-se com tal revelação, prejudicando a sua absorção integral pela família, porém de qualquer maneira deverá prevalecer o melhor interesse da criança.

Todavia, ainda que o direito ao anonimato seja fundamentado na intimidade e até mesmo na privacidade, esse direito fundamental deverá ser abdicado quando confrontado com o direito à vida e, nele inserido, o direito à vida de outra pessoa.

Gama, ainda afirma:

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de

⁴⁵ CUNHA, *op.cit.* s/p.

⁴⁶ GAMA, *op.cit.* p.909.

técnica de reprodução assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou a higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro.⁴⁷

Considerando o exposto, a pessoa gerada através das técnicas de reprodução humana assistida tem o direito indisponível, personalíssimo e constitucional, de conhecer a sua origem genética, inserido da personalidade e nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Assim, não é justo expor o ser humano à possibilidade de casar-se com sua irmã biológica como também a intimidade de uma pessoa não é tão importante ao ponto de impossibilitar que outro indivíduo tenha chance de evitar alguma doença grave.

De tal modo é intolerável que o direito da criança de conhecer sua origem genética deva prevalecer em relação ao direito à identidade, o que seria como reduzir o ser humano à condição de “coisa”, retirando-lhe a própria dignidade, uma vez que a diminuição da proteção à intimidade, na maioria dos casos concretos, pode gerar apenas poucos embaraços, enquanto o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do indivíduo, gerando-lhe graves sequelas morais.

Brauner comenta que:

O anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, uma vez que, atualmente, o Direito está começando a valorizar de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização do sêmen com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador ou a doadora fossem disponibilizadas ao interessado.⁴⁸

É importante destacar que o direito à identidade genética não se confunde com o direito de filiação, já que o reconhecimento à identidade genética

⁴⁷ GAMA, *op.cit.* p.910.

⁴⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental.** Contribuição para o debate no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 19 maio 2015.

visa buscar nos ascendentes genético a identificação genética da pessoa, para que possa se imprescindível, adotar medidas preventivas para preservação da saúde, da integridade física; enquanto o direito de filiação visa constituir os laços de afeto, as relações de parentesco existente.

Por outro lado, quando houver uma mera necessidade por parte do filho em conhecer sua origem genética, deverá prevalecer o direito à intimidade, já que a mera curiosidade por parte do filho não é motivo pertinente.

Ressalta Crema:

Cumpra reafirmar que o direito à identidade genética existe, devendo haver a devida regulamentação legal. Ressalta-se cabível, porém, apenas nos casos em que a saúde da pessoa esteja em risco iminente, quando haja suspeita de incesto, ou outros casos em que esse direito se sobressaia à intimidade.⁴⁹

Por fim, faz-se importante reafirmar que, quando se tratar de colisão entre princípios ou direitos fundamentais, um deverá ceder espaço ao outro, valendo-se da técnica de ponderação de interesses. No tocante ao direito à intimidade do doador de gametas em colisão com direito à identidade genética do filho gerado via reprodução assistida heteróloga, deverá se sacrificar um direito fundamental que naquele caso concreto se afigure menos capaz de assegurar um direito de personalidade, prestigiando-se aquele que melhor atenda à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira presenciou uma evolução da medicina que elevou a possibilidade de ter filhos de forma diferente da natural, através da utilização de técnicas de reprodução assistida.

Essas técnicas também conhecidas como inseminação artificial, se dividiram em homóloga quando o material genético utilizado pertence ao próprio casal e a heteróloga quando o material utilizado é doado por terceiros.

A espécie heteróloga, assume grande relevância, pois gera controvérsia em diversos campos, destacando-se o ético, o moral, e o jurídico. A

⁴⁹ CREMA, Luiz Gabriel. **Possibilidade Ético:** Jurídico do Direito à Origem Genética na Reprodução Assistida Heteróloga. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Gabriel%20Crema.pdf>. Acesso em 18 maio 2015.

medicina avançou, mas o legislador não acompanhou essa transformação, pois no ordenamento jurídico brasileiro não existe uma lei específica que trate do assunto, hoje, tão importante para a sociedade.

Em decorrência da falta de legislação, o Conselho Regional de Medicina editou uma Resolução que passou a regular normas éticas a serem seguidas pela classe médica na utilização das técnicas de reprodução assistidas. No entanto, há necessidade de regulamentação própria sobre o assunto, com o fito de atender os interesses da sociedade brasileira.

Nessa linha de entendimento, se faz uma reflexão sobre toda a problemática surgida em razão das novas técnicas de reprodução assistida, sendo indispensável uma legislação capaz de disciplinar o tema e evitar ou resolver os confrontos jurídicos que, com toda certeza, irão surgir.

A principal discussão da reprodução heteróloga é o direito do sigilo da identidade do doador em face do direito à identidade genética do concebido por essa técnica. O anonimato pode ser relativizado para que os interesses da pessoa gerada através da inseminação heteróloga, seja possível que essa pessoa conheça suas origens.

Desta forma, denota-se que os dois direitos em colisão, direito à identidade genética e direito ao sigilo do doador, estão amparados pela Constituição Federal por se tratarem de direitos fundamentais.

Diz-se que a colisão é aparente, pois, ao se ponderar dois direitos fundamentais, um deles há de se sobrepor ao outro visando melhor atender ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, e um deles deve ser resguardado e o outro sacrificado.

Conclui-se que, ao analisar os direitos, pende-se favorável ao direito do concebido pela vertilização *in vitro* heteróloga em buscar pela sua identidade genética, eis que essa é imprescindível para manutenção de uma vida digna e saudável. Entretanto, ressalta-se que ter o direito a identidade genética reconhecida, não quer dizer que terá o direito a filiação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **Dna e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. **O Direito à Intimidade e à Vida Privada em face das Novas Tecnologias da Informação.** Disponível em http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE_E_%20A_VIDA_PRIVADA_EM_FACEDASNOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAO-Allan%20Diego.pdf. Acesso em: 05 junho 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 7. ed. (Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília, DF: Unb, 1996.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental.** Contribuição para o debate no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 19 maio 2015.

_____. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Lei nº 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 12 de jan. de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 20 abril 2015.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Reprodução medicamente assistida heteróloga. IN: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10171>>. Acesso em: 22 abril 2015.

CHINELATO, Silmara de Abreu Juny. apud Moreira FILHO. José Roberto. **Direito à identidade genética.** 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em 23 de Abril de 2014.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida:** Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 18 maio 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.957/2010. **Diário Oficial da União**. 6 jan. 2011. Seção I, p.79. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 27 de abril 2015.

CREMA, Luiz Gabriel. **Possibilidade Ético:**Jurídico do Direito à Origem Genética na Reprodução Assistida Heteróloga. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Gabriel%20Crema.pdf>. Acesso em 18 maio 2015.

DINIS, Joaquim José de Sousa. Filiação resultante da fecundação artificial humana. In: **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito**. 6.ed. rev. aum.atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

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.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Questões jurídicas em torno da inseminação artificial**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 81, v. 678, p. 271, abr. 1992.

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

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. IN: **Revista brasileira de Direito de Família**. 19:133-56.

MANO, Luís Paulo Suzigan. **Da personalidade no novo Código Civil:** Aspectos jurídicos da clonagem e da reprodução medicamente assistida. disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=570. Acesso em 06. Maio. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito a identidade genética. **Jus Navegandi**, 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2744/direito-a-identidade-genetica>. Acesso em 19 maio. 2015.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. IBDFAM, [s./l.], 29 setembro 2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=680>>. Acesso em: 20 Abril 2015.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. **Responsabilidade Civil na reprodução Assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Júris , 2008.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **Contornos do direito fundamental à identidade genética da pessoa humana na Constituição brasileira**. 2003. 108f. Trabalho de conclusão de curso (grau de bacharelado em ciências jurídicas e sociais). Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito *in vitro***: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Editor Lúmen Juris, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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