



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PATRÍCIA DIÓGENES DE MELO

O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REPRODUÇÃO
ASSISTIDA HETERÓLOGA

SOUSA - PB
2008

PATRÍCIA DIÓGENES DE MELO

O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REPRODUÇÃO
ASSISTIDA HETERÓLOGA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2008

Patrícia Diógenes de Melo

O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA
HETERÓLOGA

Aprovada em: 08 de julho de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof.ª Esp. Monnizia Pereira Nóbrega – UFCG
Professora Orientadora

Prof.ª Esp. Maria Elza de Andrade – UFCG
Professor(a)

Prof.º Iranilton Trajano da Silva – UFCG
Professor(a)

Ao Grandioso Pai que me amparou e não permitiu que eu sucumbisse diante dos empecilhos encontrados no decorrer desta caminhada. Pois tenho consciência Senhor, de que seus desígnios em minha vida têm um grande propósito e a eles me submeto sem murmurar!

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor, Todo Poderoso e Magnífico, que me ilumina e livra-me de todo o mal.

Ao meu pai Odilon e à minha mãe Ana, pela vida e criação que me deram, sendo fator determinante na formação da minha personalidade. E aos meus irmãos: Sales e Maria Clara, personagens que Deus colocou em minha vida para a vivência de um amor fraternal.

Às minhas avós, tios, tias e primos que me auxiliaram nesta etapa e torceram pela concretização deste sonho.

Aos meus amigos, irmãos que deus me permitiu escolher: Suylla, Isabelle, Juninho, Joseph, Yvna, João Paulo, Talitinha, Talitona, Mariana, Camila, Carlinha, Trajano, Marcus Vinícius, Regina, Eva Márcia, a Família Fernandes e a Família Igapó. Enfim, a todas as amizades aqui construídas, e que, onde quer que eu esteja as levarei como as melhores lembranças da minha vida.

RESUMO

Casais com problemas de infertilidade e imbuídos do desejo de constituir uma prole recorrem aos benefícios proporcionados pela Biotecnologia, através do uso das técnicas de reprodução medicamente assistidas, dentre estas técnicas tem-se como alternativa a reprodução assistida heteróloga. Esta técnica para ser viabilizada necessita que um doador anônimo forneça os gametas, o que traz à baila questionamentos polêmicos quanto à moral, à ética e ao âmbito jurídico. No entanto, apesar da relevância, este tema, no ordenamento jurídico pátrio não possui ainda, uma lei específica que o regulamente. O objetivo principal desta pesquisa é explanar o conflito de direitos fundamentais: direito à intimidade frente o direito à origem genética, que surge quando do uso da reprodução assistida heteróloga, bem como, a aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como forma de solução deste conflito, e examinar qual o remédio jurídico cabível para o conhecimento da origem genética. Para tanto, recorre-se à pesquisa bibliográfica, ao método exegético-jurídico e ao histórico-evolutivo, sistematizando o estudo em três capítulos. No primeiro, remete-se a evolução dos direitos reprodutivos às técnicas de reprodução assistida. No segundo, apresenta-se o conflito de direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na solução do conflito. No terceiro, por sua vez, expõe o conhecimento da origem genética, a omissão legislativa no trato do assunto e a posição do doador dos gametas que terá sua intimidade invadida, caso haja o reconhecimento do direito à origem genética. Como resultado deste trabalho observou-se a ausência de lei específica que trate desta matéria, provando que o ordenamento jurídico não acompanha os avanços biotecnológicos, e conseqüentemente não está apto para atender aos anseios dos que precisam recorrer aos métodos de reprodução assistida.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Direitos Fundamentais. Origem Genética. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Couples with infertility problems and driven of the desire to constitute an offspring appeal to the proportionate benefits for the Biotechnology, through the use of the techniques of reproduction medically attended, amongst these techniques have as alternative the attended reproduction heteróloga. This to be made possible technique needs that an anonymous giver supplies gametas, what brings to surface controversial questionings how much to the moral, the ethics and the legal scope. However, although the relevance this subject still does not possess, a specific law regulates that it. The main Objective of this research is to surface the conflict of basic rights: right to the privacy front the right to the genetic origin, that appears when of the use of the attended reproduction heteróloga, as well as, the use of the beginning of the Dignity of the Person Human being as form of solution of this conflict and to examine which the specific legal remedy for the knowledge of the genetic origin. For in such a way, the bibliographical research is appealed to it and to the legal of exegesis method, systemize the study in three chapters, amongst which, in the first chapter, evolution of the reproductive rights to the techniques of attended reproduction is sent to it. In as, the conflict of basic rights is presented and the beginning of the Dignity of the Person Human being in the solution of the conflict. In third, in turn, it displays the knowledge of the genetic origin, the legislative omission in the treatment of the subject and the position of the giver of gametas that it will have its invaded privacy, in case that has the recognition of the right to the genetic origin. As result of this work observed it absence of specific law that deals with this substance, proving that the legal system does not follow the biotechnological advances, and consequently he is not apt to take care of to the yearnings of that they need to appeal to the methods of attended reproduction.

Keywords: Attended Reproduction. Basic Rights. Genetic Origin. Dignity of the Person Human Being.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CAPÍTULO 1 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA..... | 11 |
| 1.1 Evolução Histórica dos Direitos Reprodutivos | 11 |
| 1.2 Direitos Reprodutivos e Dignidade da Pessoa Humana..... | 14 |
| 1.3 Filiação e Reprodução Assistida Heteróloga | 18 |
| CAPÍTULO 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA | 26 |
| 2.1 Direito à intimidade e o direito ao conhecimento da origem genética..... | 28 |
| 2.2 Confronto de Direitos Fundamentais | 30 |
| 2.3 Aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana frente ao conflito de direitos fundamentais | 33 |
| CAPÍTULO 3 DO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA | 39 |
| 3.1 Ausência de previsão legal..... | 39 |
| 3.2 Remédio Jurídico Cabível para o Conhecimento da Identidade Genética..... | 42 |
| 3.3 Discussão acerca do tema..... | 47 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 52 |
| REFERÊNCIAS..... | 54 |
| ANEXO I PROJETO DE LEI Nº 90, DE 1999 | 56 |
| ANEXO II RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92 | 64 |

INTRODUÇÃO

A Lei n.º: 9.263/96 assegura o direito ao planejamento familiar, regulamentando a fecundidade e proporcionando iguais direitos ao homem, à mulher ou a ambos de planejarem a limitação ou o aumento da prole. Uma das áreas de atuação da Política de Planejamento Familiar no Brasil é a introdução no Sistema único de Saúde (SUS) de técnicas de reprodução medicamente assistidas para auxiliarem casais, com problemas de infertilidade, a viabilizarem seu projeto parental.

➤ Diversas técnicas de reprodução assistida poderão ser utilizadas para driblarem a infertilidade. No entanto, no presente trabalho monográfico será realizada uma abordagem da técnica de reprodução assistida heteróloga, a qual faz uso de gametas doados por um terceiro anônimo para que o casal possa concretizar o desejo de constituir uma prole. Não diferentemente das pesquisas que utilizam de material genético humano, a citada técnica levanta inúmeros questionamentos de ordem moral, ética e jurídica. A matéria é abordada pelo artigo 1.597, V do Código Civilista Pátrio e tratada pela Resolução n.º: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, tendo tratamento ainda tímido no ordenamento jurídico brasileiro, merecendo estudo mais aprofundado a seu respeito.

➤ No uso da técnica de reprodução assistida heteróloga duas posições antagônicas deverão ser consideradas, em uma tem-se o terceiro anônimo, doador dos gametas que viabilizará o projeto parental do casal ansioso por constituir uma prole, no entanto não desejará vínculos, sejam afetivos ou patrimoniais, com o ser que venha a ser gerado. De outro modo, tem-se a posição da criança, resultante da reprodução assistida heteróloga, de no futuro querer conhecer sua ascendência genética e estabelecer vínculos com esse doador anônimo. Frente a essas posições depara-se com um conflito de direitos fundamentais, quais sejam: o direito à intimidade do doador e o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo

resultante da aplicação da técnica de reprodução heteróloga. Os quais representam a quarta dimensão dos direitos fundamentais, inseridos no Direito de Família do ordenamento jurídico pátrio.

Este trabalho tem como objetivos solucionar o conflito de direitos fundamentais ocorrente quando se contrapõem o direito à vida e o direito à intimidade; apresentar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como meio de solucionar este conflito; mostrar a carência de uma ação apropriada para o conhecimento da origem genética e abordar a necessidade de uma norma regulamentadora para a abordagem do tema.

Como forma de alcançar tais metas recorre-se ao método histórico-evolutivo, e ao exegético-jurídico, e a pesquisa bibliográfica tendo sua fonte na leitura de artigos, doutrinas e textos adquiridos na internet, além da análise da Lei nº: 9.263/96, a Resolução nº: 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina e os projetos de lei que procuram regular as técnicas de reprodução assistidas, para melhor embasarem a pesquisa ante a falta de lei específica para tratar do assunto.

Dessa forma, apresenta-se o problema e a hipótese, aqui previamente levantados, quais sejam: O exercício do direito ao conhecimento da origem genética prevalecerá sobre os demais direitos fundamentais? Não, pois dentre os direitos fundamentais não existe uma hierarquia, o necessário é que no exercício destes haja uma proporcionalidade, buscando-se sempre preservar a Dignidade da Pessoa Humana.

Para uma melhor abordagem do tema, o estudo foi sistematizado em três capítulos, no primeiro abordar-se-á a evolução dos direitos reprodutivos até chegar às técnicas de reprodução assistida, dentre estas técnicas dando-se destaque a técnica de reprodução assistida heteróloga. Além de estudo acerca da filiação desde o Direito Romano até os tempos modernos, e sua relação com a reprodução assistida heteróloga.

No segundo capítulo tratar-se-á acerca dos direitos fundamentais frente ao direito de reconhecimento da origem genética, enfocando este último sob a ótica do direito à intimidade, apresentando a atuação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na solução de conflitos entre os direitos fundamentais e a aplicação da reprodução assistida heteróloga.

Por fim, o terceiro capítulo apresentará o conhecimento à origem genética, abordando a deficiência da legislação brasileira no tratamento a respeito da matéria, analisando alguns projetos de lei sobre o tema. Bem como, averiguar-se-á o remédio jurídico cabível para o conhecimento da origem genética sob a visão das partes interessadas.

Ressalte-se que a presente pesquisa tem o intuito de instigar na comunidade acadêmica, uma atenção maior aos direitos fundamentais bem como aos conflitos resultantes entre os mesmos, em especial quando da utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga, desenvolvendo-se assim, os meios capazes de melhor aplicação dos direitos fundamentais tendo em vista a promoção da dignidade humana.

CAPÍTULO 1 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Antes de se fazer uma abordagem acerca da inseminação artificial heteróloga e seus questionamentos jurídicos, tema deste estudo, é de suma importância uma análise sobre os Direitos Reprodutivos, observando sua historicidade, bem como o conhecimento das principais técnicas de reprodução assistida.

Esta nomenclatura foi considerada a mais adequada para definir os direitos humanos relativos à concepção e à contracepção abordados na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada em 1994 no Cairo. Hoje é utilizada como o direito de todo indivíduo, de decidir livre e responsavelmente sobre o número, e o momento de ter filhos e o acesso à informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui-se também o direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência. (CÂNDIDO, 2008).

A compreensão dos Direitos Reprodutivos não deve ser encarada como a idéia de não ter filhos, também não se deve confundir com instrumentos de política populacional. Esse é o entendimento equivocado de alguns que os visualizam mais como um controle de natalidade do que como um direito ao planejamento familiar.

1.1 Evolução Histórica dos Direitos Reprodutivos

Antes do surgimento das idéias acerca dos Direitos Reprodutivos, a sociedade já utilizava meios de controle da fecundidade para adequar o número de nascimentos às disponibilidades de alimentos e outros recursos necessários à subsistência humana. Assim, em épocas mais prósperas, a natalidade crescia, ao passo que em épocas de escassez, a natalidade regredia. Essa diminuição podia acontecer através do aborto ou do infanticídio. Com o

surgimento das grandes cidades, e certa estabilidade de recursos, o controle da fecundidade evoluiu com as regras sociais e religiosas, e os homens passaram a impor condições para que fossem exercitadas as suas capacidades reprodutivas, como a exigência do casamento, por exemplo. Nesse momento histórico, a religiosidade marcante nas civilizações antigas, incentivava a natalidade, não sendo o fato de ter filhos algo decorrente da vontade das pessoas, mas sim uma verdadeira obrigação para com a família. Além do aspecto religioso, outro motivo que elevava as taxas de natalidade, era a exigência de um número elevado de trabalhadores nas atividades agropecuárias, fazendo com que a sociedade incentivasse a natalidade.

Em decorrência da Revolução Francesa, e depois com a Revolução Industrial, o nível de pobreza aumentou consideravelmente, época em que segundo Cândido (2008), o inglês Thomas Robert Malthus, desenvolveu a Teoria Malthusiana a qual afirma que o crescimento da população era relacionado ao crescimento da pobreza, pois a população crescia em progressão geométrica enquanto os alimentos cresciam em progressão aritmética. Essa idéia de um controle na natalidade foi decorrente da Revolução Francesa, no século XVIII, mas, foi na Inglaterra que desenvolveu-se os primeiros mecanismos para transformá-lo em uma política de Estado.

Seguindo um raciocínio cronológico, no século XIX, em países com superpopulação, a Teoria Malthusiana foi utilizada como base da política de controle de natalidade. Mesmo Estados começando a aceitar as idéias de controle de natalidade, a Igreja Católica, predominante na época, continuava a recriminar a utilização de contraceptivos. Já no início do século XX, apesar de não estar instituída a compreensão da contracepção como direito reprodutivo, formaram-se três linhas de pensamento: a das feministas, que consideravam a contracepção um direito fundamental; a dos neomalthusianos que a defendiam como meio para melhorar a situação de pobreza; e a dos eugenistas, que viam no controle de natalidade

um caminho para melhorar a qualidade genética (Coelho, 2008).

O primeiro movimento objetivando a regularização do Direito ao planejamento familiar surgiu na França, em 1955, sendo considerado como o direito à regulação de fecundidade e não ao controle de natalidade. Foi neste momento que a compreensão de Direitos Reprodutivos começou a ganhar os contornos que hoje possui.

No que tange à evolução dos Direitos Reprodutivos no Brasil, por todo o desenrolar do século XIX, o país se manteve distante das discussões a respeito das políticas de controle de natalidade, já que os altos índices de mortalidade obstavam o crescimento populacional. No entanto, o crescimento demográfico aumentou, devido às melhores condições sanitárias, e o país começou a sofrer pressões dos países desenvolvidos para adotar políticas de controle de natalidade. Aqueles continuavam a se apoiar na Teoria Malthusiana para justificar a intervenção na capacidade reprodutiva das camadas mais pobres. O governo brasileiro se opôs aos interesses internacionais, até que, nos anos sessenta, cedeu à adoção de políticas de controle populacional.

Para facilitar a aceitação pela sociedade, houve uma propaganda do controle de natalidade como planejamento familiar e a criação de um órgão, o BEMFAM (Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar) em 1965. Esse órgão foi financiado por empresas internacionais e facilitava o acesso a métodos contraceptivos, sem promover educação, e muito menos prestar atendimento médico àqueles que se "beneficiavam" desses métodos. Em 1975, por recomendação da Organização Mundial de Saúde, foi desenvolvido o Programa de Saúde Materno Infantil (PMI). Esse programa ainda possuía o mesmo aspecto controlador que o BEMFAM, mas oferecia atendimento médico àqueles casais ou mulheres que, após numerosas gestações, desejavam dispor de algum método de contracepção.

Na década de oitenta, os grupos feministas brasileiros instigaram os debates sobre natalidade no país, opondo-se veementemente tanto aos interesses controlistas estrangeiros

quanto aos interesses natalistas do governo. O Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), segundo Coelho (2008), foi resultado da visão de diferentes grupos sociais, os feministas, demógrafos, cientistas sociais, entre outros, sendo a primeira instituição brasileira que, de fato, oferecia serviços de planejamento familiar tendo como objetivos: atender a mulher, através de atividades de assistência integral clínico-ginecológica e educativa, voltadas para o aprimoramento do controle pré-natal, do parto e do puerpério; a abordagem dos problemas presentes desde a adolescência até a terceira idade; o controle das doenças transmitidas sexualmente, do câncer de cérvico-uterino e mamário; e a assistência para concepção e contracepção.

Com os serviços oferecidos pelo PAISM, os Direitos Reprodutivos passaram a ser efetivamente atendidos. Sendo protegidos no Brasil, por lei, desde a Constituição Federal de 1988, que em seu art.226, § 7º, dispõe sobre o planejamento familiar, o qual vem a ser, segundo o artigo 2º da Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, "o conjunto de ações de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal". A atenção aos problemas de infertilidade é um importante traço dos Direitos Reprodutivos, pois dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), mostram que entre 8% e 15% dos casais têm problemas de infertilidade. Para garantir à população o exercício de seus direitos reprodutivos no tocante à assistência à infertilidade foi que, em 2003, o Ministério da Saúde lançou a Política de Direitos Sexuais e Reprodutivos, para difundir ações de planejamento familiar entre os anos de 2005 e 2007, sendo que um dos pontos dessa política é a implementação de tecnologias de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde (SUS).

1.2 Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana

A procriação é inerente ao ser humano, pois desde os tempos mais longínquos a paternidade e maternidade são valorizadas pela sociedade. Essa é a regra, no entanto, por alguma adversidade nem sempre a vontade de procriar pode ser realizada de forma natural, sendo desilusório para o indivíduo querer e não ser capaz de ter um filho.

Com a inclusão dos direitos reprodutivos no rol dos direitos fundamentais, o tratamento para os casos de infertilidade passou a ser função também do Estado, como está determinado no parágrafo 7º, do artigo 226, da Carta Magna, *in verbis*

Art. 226

[...]

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

Como se observa no trecho acima, adota-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos norteadores do planejamento familiar, no qual insere-se as técnicas de reprodução assistida, restando assim, uma especial atenção a este princípio. O reconhecimento do valor distinto da pessoa humana tem como consequência a consolidação dos direitos específicos de cada homem, dotando-o de uma dignidade especial, pois ele não poderá ser um meio para os outros homens, mas um fim em si mesmo.

Como explica Santos (2008), para Immanuel Kant, o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem um valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa. E acrescenta que para Lacambra, não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana, a primazia do coletivo não pode nunca, sacrificar, ferir o valor da pessoa. A pessoa é assim, um *minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, seu valor não pode ultrapassar. Defendendo neste sentido, que a pessoa humana, enquanto valor, e o princípio da dignidade da pessoa humana,

são absolutos, e não de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio.

Se a Lei Maior afirma que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil, conclui-se então que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Destaca ainda o citado autor, que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões: uma negativa e outra positiva, a primeira defende que a pessoa não venha a ser objeto de ofensas ou humilhações, enquanto a segunda trata do pleno desenvolvimento de cada pessoa, reconhecendo a total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação própria de cada homem. Desta forma, pode-se inserir os questionamentos quanto às técnicas de reprodução assistida, nesta segunda dimensão.

Frente à disposição constitucional, homens e mulheres que se sentiam lesados em seus direitos reprodutivos, passaram a ter a assistência do Estado para colocar em prática o seu projeto parental, através de modernas técnicas de reprodução medicamente assistida. Assim, um grande número de mulheres que não tinham esperanças de serem mães, por serem estéreis, ou por estarem em pós-menopausa, ou casadas com homens também estéreis, ou até mesmo, por não desejarem repartir o carinho de seus filhos com um pai conhecido; e os casais homo-afetivos, passaram a recorrer aos diversos métodos científicos da reprodução humana medicamente assistida.

As técnicas de reprodução humana assistida que hoje tentam viabilizar o projeto parental de várias famílias são objeto de estudos científicos há muito tempo. Segundo Rotania (2008), a descoberta, em 1770, de que a fecundação ocorre com a junção de esperma com óvulos pelo biólogo Spallanzani, foi o primeiro grande passo da ciência que favoreceu o desenvolvimento de tais técnicas. Apenas vinte e um anos depois, foi realizado pelo cientista inglês Hunter o primeiro registro da experiência de reprodução humana assistida com a injeção de esperma do marido no útero de sua esposa. Em 1799 foi registrado o primeiro caso

de gravidez resultante da técnica. Dessa primeira gravidez até hoje, as pesquisas científicas no campo da reprodução, permitiram desenvolvimento de técnicas cada vez mais eficazes e seguras.

As técnicas mais conhecidas de reprodução medicamente assistida são: a Inseminação Artificial (IA) e a Fertilização Artificial (FA). A Inseminação Artificial é a técnica mais antiga de reprodução assistida, teve um longo processo de desenvolvimento e não causou grandes polêmicas desde que foi desenvolvida, foi realizada pela primeira vez com sucesso em 1799. Esta técnica consiste em inserir o esperma na cavidade uterina através da vagina por meios mecânicos, utilizando-se de uma cânula, a partir dessa transferência o desenvolvimento do processo reprodutivo ocorre naturalmente, podendo ou não resultar em uma gestação.

Na técnica de Fertilização Artificial (FA), ao contrário do que ocorre na inseminação artificial, a fecundação realiza-se em um meio exterior, *in vitro* e não *in vivo*. Por esse motivo é que a técnica é mais conhecida como fecundação *in vitro* (FIV) ou ainda bebê de proveta, pois a fecundação ocorre na proveta. O procedimento da fecundação *in vitro* é bem mais complexo que o da inseminação artificial: primeiramente, com a estimulação hormonal, faz-se com que a mulher libere óvulos e, depois, retiram-se estes através de laparoscopia, incisão abdominal ou de forma transvaginal por controle ecográfico. Coletam-se também os gametas masculinos do esperma obtido pela masturbação. Coletados os gametas, colocam-se ambos em meio nutritivo que favoreça a fertilização.

Tais técnicas de reprodução assistida podem ser realizadas tanto com os gametas daqueles que desejam a criança quanto com os gametas de doadores. No caso da reprodução assistida ser realizada com gametas do casal ela é chamada homóloga, caso seja realizada com gametas de terceiros ela é chamada de heteróloga. No caso específico da inseminação artificial, apenas o espermatozóide pode ser de doador, enquanto nas outras técnicas pode-se

ter o óvulo também doado, por isso dividi-se a técnica em inseminação artificial com espermatozoides do cônjuge (IAC) e inseminação artificial com espermatozoides de doador (IAD).

O surgimento das técnicas de reprodução assistida está acompanhado de inúmeros questionamentos de ordem psicológica, religiosa, moral, científica e jurídica. Como expõe Welter (2003, p. 209):

[...] é preciso transnacionalizar a ética universal na reprodução humana medicamente assistida, que reclama o cumprimento de alguns princípios para garantir o bem estar das pessoas que são os destinatários ou os participantes das pesquisas genéticas: o princípio da beneficência, da autonomia, da justiça e da dignidade da pessoa humana.

Assim, observa-se que o emprego da técnica de reprodução assistida heteróloga é polêmico e deve buscar, tanto na ordem jurídica como nos princípios, os meios que possibilitem a sua utilização.

1.3 Filiação e Reprodução Assistida Heteróloga

Atualmente, o conceito de filiação não é mais de tão fácil definição. As mudanças que se sucederam no Direito de Família ao passar dos anos, principalmente diante dos avanços da biotecnologia, conferem novas maneiras de visualizar e entender as relações entre pais e filhos.

A filiação, como vínculo de parentesco do filho em relação aos pais, envolve a idéia de paternidade e maternidade, conforme dispõe Maria Helena Diniz (2006, p. 436), ao conceituar filiação como sendo:

O vínculo existente entre pais e filhos em linha reta de 1º grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda ser uma relação socio afetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Dessa forma, para se analisar a relação entre filiação e a reprodução assistida heteróloga, é imperioso examinar a evolução histórica do conceito de filiação, da idéia de paternidade e maternidade desde o Direito Romano até o seu tratamento legal nos dias atuais.

No Direito de Família Romano compreendia-se a instituição familiar como um conjunto de pessoas subordinadas ao *paterfamilias*, o pai de família, nota-se daí a característica básica da família romana: o patriarcalismo. Outra característica importante da família romana sempre foi a monogamia, assim, só se podia ter uma esposa ou um marido legalmente estabelecido através das *justae nuptiae*, ou seja, o casamento legal.

A paternidade era conferida àquele que era casado com a mãe, pois era o casamento que formava a família ao legalizar as relações sexuais que originavam os filhos. A maternidade era sempre certa - *semper est certa mater* - pois revela-se por sinais exteriores, claros e positivos, como a gravidez e o parto, enquanto a paternidade se resolvia através da presunção legal de que a criança nascida na constância do casamento tinha como pai, o marido de sua mãe, pois *pater est quem nuptiae demonstrant*.

O casamento era a base da formação da família romana, a legalização das relações sexuais de onde surgia a prole, pois o que originava a filiação era a relação matrimonial, de modo que os filhos havidos fora do casamento, não faziam parte do núcleo familiar, não podiam nem mesmo ser registrados com o nome paterno se o genitor fosse casado.

A discriminação da filiação em legítima e ilegítima tinha como critério a situação dos progenitores. O parentesco legítimo, filiação legítima, existia quando o nascimento decorria do matrimônio legal, já o ilegítimo, podia ser de duas formas: o parentesco natural, que existia entre o gerado e os genitores quando estes não eram casados legalmente embora não

existissem impedimentos para tal ato, e o parentesco espúrio, este ocorrendo quando o ser gerado tinha como pais pessoas que não eram legitimamente casadas por estarem impedidas, por já terem contraído justas núpcias, ou seja, o filho seria adúltero.

Os conceitos de família, filiação, paternidade e maternidade que nortearam o Direito Romano chegaram praticamente ilesos ao Código Civil Brasileiro de 1916. Conforme preleciona Venosa (2007, p. 228), o código anterior dava importância à família legítima, derivada de justas núpcias, o legislador marginalizou a família não provinda do casamento e ignorou os direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, pois conceituava como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se fosse contraído de boa-fé. Adotava-se o princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias, presumindo-se que o filho da mulher casada foi concebido pelo marido, como se aduzia da leitura do Código Civil de 1916, em seu artigo 338, *in verbis*:

Art.338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Em meados do século XX, a legislação brasileira acompanhou a tendência universal introduzindo direitos familiares e sucessórios aos filhos advindos de relações extramatrimoniais, até que a Constituição de 1988 vedou qualquer qualificação relativa à filiação, fazendo com que a terminologia adotada pelo Código Civil de 1916, filiação legítima e ilegítima, passasse a ter um sentido meramente ilustrativo e não mais jurídico. Como se conclui na disposição constitucional do parágrafo 6º, do artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. [...]

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O atual Diploma Civil promoveu a transição do modelo clássico para o modelo contemporâneo de filiação, implementando a idéia de que a filiação pode decorrer de fontes diversas e não mais, exclusivamente biológica, como era defendido anteriormente. Podendo agora derivar de laços sanguíneos (parentesco natural), da mera adoção, ou eleição (parentesco civil), como da pura afeição (parentesco resultante de procriações artificiais). Desta forma, disciplinou a presunção de paternidade em seu artigo 1.597, ao dispor que:

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

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

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

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

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

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nota-se assim, que no ordenamento jurídico atual, entendem-se os estados de filiação como sendo: a) filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental; b) filiação não-biológica em face de ambos pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e c) filiação não-biológica em face do pai que

autorizou a inseminação artificial heteróloga.

Nessas proposições, a convivência familiar e a afetividade são presumidas, ainda que de fato não ocorram. De qualquer forma, a convivência familiar e a afetividade concretizam diariamente os respectivos estados de filiação, passando a definir-lhes os contornos. Os estados de filiação não-biológica citados nas alíneas b e c são inatacáveis, não podendo ser questionados por investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que somente será objeto de pretensão quando for para tutelar direito da personalidade.

A filiação socioafetiva, baseada nas relações de afetividade e não no critério biológico, se comprova através do estado de filho e garante os mesmos direitos e deveres da filiação natural, deste modo, firmando-se na concepção de família sugerida pelos novos dispositivos legais e na evolução social, entende-se hodiernamente o instituto da filiação como algo originado das relações afetivas entre pais e filhos, pois a filiação pode ou não corresponder à origem genética do indivíduo, sendo mais importante para este o seu bem-estar que sua verdade biológica.

Em face das técnicas de reprodução medicamente assistida, a compreensão da paternidade e maternidade como algo resultante das relações afetivas, e não da investigação científica, ganhou destaque. Tais técnicas podem ser feitas de forma heteróloga, ou seja, utilizando-se material genético de um doador, portanto, em um possível teste de DNA, a carga genética do indivíduo não será compatível com a do seu pai civil, pode até mesmo não ser compatível com a da própria mulher que o gerou, o que não pode ser utilizado como argumento para a desconstituição da paternidade nem de maternidade, pois estes institutos não se confundem com identidade genética.

No contexto atual, a filiação apresenta-se de três formas: o modelo tradicional, ou filiação presumida, que leva em consideração o conceito legal, explicitado no Código Civil de

2002, em seu artigo 1.597; o científico, ou filiação biológica, determinado por meio de ação de investigação de paternidade e maternidade quando o genitor não quer reconhecer o vínculo de filiação espontaneamente no registro civil; e o sócioafetivo, que tem sido levado em consideração nas decisões judiciais, mesmo não estando previsto em nenhum dispositivo legal do ordenamento pátrio, para o qual as relações são baseadas no critério da afetividade.

Os Tribunais Brasileiros, seguindo as disposições constitucionais, têm decidido a favor da filiação de acordo com o princípio do maior interesse da criança. Conforme preleciona o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º e 6º, respectivamente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

[...]

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Diante do exposto, observa-se que as decisões tendem a atribuir a paternidade e maternidade aos pais que podem garantir o melhor desenvolvimento do menor, valendo-se para isso da aplicação do princípio do maior interesse da criança, como pensa Lóbo (2008), tal princípio impõe a predominância do interesse do filho, orientando o julgador, que diante do caso concreto, apreciará se o bem estar do menor estará assegurado com os pais biológicos ou com os não-biológicos. De qualquer maneira, deve ser considerada a convivência familiar,

constitutiva da posse do estado de filiação, pois ela é prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Na filiação decorrente das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga, existem duas formas de se determinar a paternidade e a maternidade: a primeira delas é a forma presumida, utilizada para os filhos nascidos na constância do casamento por força do inciso V, do artigo 1.597 do Código Civil, o qual dispõe que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Na compreensão de Calmon (2008), a vontade juntamente com a existência do vínculo conjugal e com o resultado bem sucedido da técnica de reprodução assistida heteróloga, formam os elementos fundamentais para a configuração da paternidade que se torna certa, e não sujeita à impugnação pelo marido.

A segunda forma refere-se à socioafetividade, onde os laços de amor importam mais que os laços de sangue, no caso dos casais que não se encontram unidos pelo matrimônio, sendo que seus futuros filhos, não terão a filiação enquadrada nos casos de filiação presumida. Porém buscam tratamentos dispendiosos motivados pela vontade de ter um filho que não foi possível vir ao mundo pela maneira natural. São considerados pais sócioafetivos, tendo todos os direitos e deveres decorrentes do instituto, sem qualquer possibilidade da paternidade ou maternidade serem atribuídas levando-se em conta a origem genética do indivíduo, uma vez que os que doaram os gametas para concepção do embrião não são obrigatoriamente pais, afinal, o que é considerado nesses casos, é que os pais são aqueles que desejaram o filho, e se dispõem a cuidar do seu bem-estar e propiciar-lhe uma família.

Como se vê, a Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga suscita conflitos jurídicos não apenas em relação à filiação, mas em relação ao próprio direito à vida, além de se insurgir no direito à intimidade do doador dos gametas, conflitos estes que necessitam de

uma análise à luz dos direitos fundamentais da pessoa humana, sopesando que princípio seria o mais adequado a solucionar tais conflitos.

CAPÍTULO 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

O tema do presente trabalho inevitavelmente perturba e conflita-se com os direitos fundamentais, vez que a reprodução assistida heteróloga põe em contraposição direitos fundamentais, de um lado: protegendo o direito à vida, através do conhecimento da origem genética, e do outro, o direito à intimidade, resguardando-se o sigilo da identidade do doador dos gametas. De forma tal que diante deste confronto é primordial uma abordagem acerca dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são direitos que visam à manutenção da vida humana de forma livre e digna. Pode-se afirmar que são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Tais prerrogativas são tuteladas pelas Constituições de diversos países, as quais têm como suporte a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Tais direitos, que garantem a dignidade da pessoa humana, não ficaram inertes ao longo do tempo e foram transformando-se de acordo com os anseios da sociedade. São os mesmos classificados em quatro gerações de acordo com o bem tutelado, assim os denominados direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais, concretas – acentuam o princípio da igualdade; os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos,

caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Na verdade, atualmente entende-se que o correto não é classificá-los em gerações, o que dá uma idéia de algo ultrapassado e que posteriormente fora substituído, mas sim, em dimensões, pois os direitos não se esgotam, são dinâmicos e estão sempre presentes na vida dos indivíduos, nas relações destes com os demais e com o Estado.

Pelo o acima exposto, essas dimensões de direitos tutelaram os ideais da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Tem-se ainda, uma quarta geração de direitos fundamentais, que seria a dimensão dos direitos que derivam dos avanços no campo da engenharia genética, por colocarem em risco a própria existência do ser humano, através da manipulação do material genético humano.

A legislação brasileira, deficientemente, tem buscado tutelar os direitos de quarta dimensão salvaguardando as pessoas que se submetem aos procedimentos biotecnológicos como as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. Tendo como maior orientador o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana

Tem-se, pois por Princípio da Dignidade da Pessoa Humana um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos

direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O referido princípio apresenta duas concepções: a primeira prevê como um direito individual protetivo, em relação ao Estado e em relação aos demais indivíduos; a segunda, estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário aos próprios semelhantes, ou seja, respeitar a dignidade do seu semelhante como o texto constitucional exige que lhe respeite a própria. A idéia de dignidade da pessoa humana frente às disposições constitucionais ganhou aplicabilidade no tocante ao planejamento familiar, tratando a família como célula da sociedade, seja derivada de casamento ou de união estável, baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo o planejamento familiar uma livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar os recursos para o exercício deste direito.

2.1 Direito à intimidade e o direito ao conhecimento da origem genética

O direito à intimidade e o direito ao conhecimento da ascendência genética são direitos fundamentais da personalidade protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio. São fundamentais por serem direitos humanos recepcionados pela ordem jurídica, e são da personalidade porque são direitos subjetivos atribuídos ao homem independente de sua classe social.

O direito à intimidade, tem sua origem na cláusula do *due process of law* (devido processo legal). Sendo utilizada pela primeira vez na *Magna Charta* de João Sem Terra, em 1215, possuindo caráter eminentemente penal, somente vindo a ter o conteúdo que se conhece pela Lei Inglesa de 1354, sendo copiada pela Constituição Federal Americana de 1787 e mesmo antes pelas Constituições dos Estados de Virgínia, Maryland, Pensilvânia e

Massachusetts. A intimidade é um direito fundamental da pessoa humana, pois sem ela o ser humano não se realiza com dignidade, impondo-se como uma limitação ao Poder do Estado. É uma manifestação da personalidade do homem, decorre de seu direito à vida e à liberdade; os quais são seus pressupostos elementares, e como tais possuem caráter universal.

Na maioria das vezes a intimidade é confundida com a privacidade, sendo necessária a distinção de ambas. A expressão direito à privacidade tem um sentido genérico e amplo sendo um conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar. A intimidade, por sua vez, seria uma manifestação do direito à privacidade. De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 211), a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”. A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: um seria quanto ao segredo da vida privada e outro quanto à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é uma condição de expansão da personalidade, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.

O direito à intimidade é previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, X, que dispõe ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Também é abordado na Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que protege o anonimato do doador na reprodução assistida heteróloga, dispondo que acerca da doação de gametas e pré-embriões, os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

O direito à intimidade quanto ao seu conteúdo apresenta-se em cinco categorias, quais sejam: direito à vida e à integridade física; direito à liberdade; direito à honra e à reserva; direito à identidade pessoal e direito moral. No tocante ao direito de honra e reserva,

existe o direito ao segredo, sobre o qual Amorim (2008) explana que dentro de um aspecto geral da intimidade, as confidências íntimas de cada pessoa devem permanecer no recôndito de sua consciência até que ela resolva ou autorize a divulgação, correspondendo ao segredo ou sigilo. No âmbito privado, referente ao lar, à família, à correspondência, o sigilo guarda razões personalíssimas, caracterizando ato de intromissão a divulgação ou o uso indevido de confidências. Todos têm direito à reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos.

Desta forma, é garantido ao doador ou doadora de gametas o direito de guardar segredo quanto a este procedimento, mantendo-o na intimidade, fazendo com que os demais indivíduos não venham a tomar conhecimento. Assim, em uma posição encontra-se o direito ao anonimato do doador na aplicação de técnica de reprodução assistida heteróloga, em outra, defende-se o direito do indivíduo de conhecer sua precedência genética. No entanto, o direito ao anonimato do doador também é protegido, uma vez que o direito à intimidade é um desdobramento dos direitos fundamentais que existe justamente para garantir a dignidade da pessoa humana. De tal maneira que os interesses, tanto do doador quanto do indivíduo fruto da técnica de reprodução assistida heteróloga, são garantidos no texto constitucional verificando-se desta feita, um confronto de direitos fundamentais.

2.2 Confronto de Direitos Fundamentais

O Direito baseia-se em normas, estas divididas em princípios e regras. Os princípios são espécies do gênero norma, considerados "vigas mestras do ordenamento jurídico", segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (apud ROLIM, 2008):

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente

por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Conforme as lições do mestre, os princípios servem como meio de uniformizar o ordenamento jurídico, dando a direção para as demais espécies normativas. Pois, sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo moderno.

Os princípios são manifestações das normas de maneira mais genérica que as regras, não se prendem a um determinado acontecimento, apenas, diante de uma situação fática, mostram que valor deve ser levado em consideração. A distinção entre regras e princípios se mostra mais acentuada nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. De modo que, os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade. Ou seja, somente podem ser solucionados introduzindo-se uma regra de exceção, retirando o seu caráter definitivo, ou declarando-se inválida, pelo menos, uma das regras. Com efeito, uma norma vale ou não vale juridicamente. E sendo válida é aplicável a um caso, significando que vale também sua consequência jurídica.

De outra forma, a colisão de princípios se resolve na dimensão de peso. Quando dois princípios entram em colisão, por exemplo: um diz que algo é proibido e outro, ao contrário, diz que é permitido, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.

A abstração maior dos princípios em relação às regras de grande utilidade para a solução de conflitos, pois existindo regras opostas, sana-se aplicando critérios como: especialidade, hierarquia, antigüidade, onde a opção por uma exclui a outra. Porém, coexistindo princípios diversos, não se utilizam tais critérios, pois estes são gerais e não se submetem a uma hierarquia, sendo que surgiram na mesma época, quando da atividade do

constituente originário. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objetos de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" que devem ser realizados, as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade de regras contrárias.

Quando a oposição for de direitos fundamentais, no caso o direito a origem genética do indivíduo como proteção ao direito a vida versus o direito a intimidade como forma de resguardar o sigilo do doador dos gametas, mesmo não sendo princípios, adota-se o mesmo meio para resolver o conflito. Os direitos fundamentais, por protegerem a vida humana com base em valores de liberdade e dignidade, atuam como fundamento ao princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo, este ser excluído em caso de conflito. Os direitos fundamentais são normas genéricas como os princípios, e sua colisão não é caso de contrariedade, mas de oposição. Sendo os princípios usados para apresentar uma solução para o conflito ou colisão de normas, diante da abrangência dos direitos fundamentais e de outros valores constitucionais relevantes.

Colidindo-se direitos fundamentais, três princípios socorrem tal situação o princípio da unicidade da Constituição e da concordância prática; o princípio da proporcionalidade; e o princípio da dignidade da pessoa humana, analisando-se qual destes deve prevalecer. Aplicando-se o princípio da unicidade da Constituição escolhe-se qual dos direitos deve prevalecer, e o escolhido deve ser o ideal para a função de harmonizar o texto constitucional. O princípio da concordância prática, por sua vez, harmoniza os direitos fundamentais e valores constitucionais através da ponderação preservando sempre os direitos tutelados constitucionalmente.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, considerando que não existem direitos fundamentais absolutos, e vindo a surgir uma situação na qual se apresentem em posições opostas, e necessária à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego deste

princípio, o qual permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de um deles apenas, se inviável a primeira providência. De outro modo, em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste. O princípio da proporcionalidade é o instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indiscutivelmente apropriado.

Trata-se de um instrumento de valoração, pois garantindo-se um direito é necessário limitar outro, uma vez que o direito juridicamente tutelado em uma norma apresenta conteúdo valorativamente maior que o outro.

Não sendo possível solucionar o conflito por meio dos princípios acima expostos, utiliza-se o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que todos os direitos fundamentais têm por objeto a proteção da dignidade da pessoa humana, o ideal é que prevaleça o direito que defenda esta dignidade em maior grau.

2.3 Aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana frente ao conflito de direitos fundamentais

A pessoa é o principal valor protegido no ordenamento jurídico, e sendo o valor da pessoa humana a razão de ser do ordenamento, conclui-se que as normas existem para proteger a pessoa e a sua dignidade. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é a proteção jurídica do valor da pessoa humana, de grande importância para sanar conflitos

de direitos fundamentais, por ser ele o apoio para os direitos fundamentais elencados no Título II da Carta Magna, dando unicidade e coerência a este rol.

Na compreensão do doutrinador luso Canotilho (2001, p. 1.229):

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico *conflito* de direitos.

Esta colisão de direitos fundamentais surgida quando o âmbito da proteção de um invade o âmbito de proteção do outro, é solucionada fazendo-se opção pelo direito que mais proteja a dignidade da pessoa humana, estes direitos são normas que inadmitem a exclusão, por serem cláusulas pétreas, como bem expõe a Lei Maior, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, no entanto podem ser objetos de ponderação em caso de conflito. Pois no plano da eficácia dos direitos fundamentais, assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

A colisão que ocorre com a aplicação das técnicas de reprodução assistida heteróloga, para apontar se o interesse que deve prevalecer é o do indivíduo gerado ou do doador dos gametas, faz-se necessário analisar em cada situação, qual delas é apta a dar maior proteção à dignidade da pessoa humana. Levantam-se as seguintes razões para a criança conhecer sua origem genética: a) pela falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecida quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo; b) para desconstituir a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material ou por desentendimentos

com os pais socioafetivos; c) da necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho socioafetivo; d) pela preocupação de evitar vínculos parentais em desconformidade com a moral e os costumes; e) pela mera curiosidade em conhecer aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.

Na hipótese em que a razão é a falta de um pai ou mãe juridicamente estabelecida ou a curiosidade sobre seu doador, o interesse do filho em saber sua precedência genética só deve prevalecer sobre o direito à intimidade do doador quando for comprovado que tal conhecimento vem a ser uma necessidade psicológica do indivíduo gerado. Para Moreira Filho (2008), legar ao filho o seu direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, é reconhecer-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social.

Assim compreende-se que a dignidade da pessoa humana só estará assegurada quando possibilitar uma existência que permita a fruição dos direitos fundamentais, através do pleno desenvolvimento da personalidade, desta forma, o direito da criança de conhecer suas origens torna-se superior ao direito à intimidade do doador. No caso de necessidade de se conhecer o ascendente para a preservação da vida, não resta dúvida quanto à superioridade do direito ao conhecimento da origem genética em face do direito à intimidade. A intimidade de uma pessoa não pode ser superior a vida de outra, pois a vida é o bem maior da pessoa, sem a qual os demais direitos fundamentais a ela garantidos não poderão ser exercidos, necessitando esta de uma proteção mais abrangente a ser dada pelo ordenamento.

Assim, mesmo o anonimato dos doadores sendo a regra praticamente em todos os países que possuem legislação a respeito, atendendo aos interesses da criança ou do

adolescente, como exemplo cita a lei sueca, pois esta não prevê o sigilo, o anonimato, tendo em vista a necessidade de prevenir doenças genéticas, além de permitir que a pessoa possa, com a maioridade, conhecer o genitor biológico.

Referindo-se ao conhecimento da origem para se evitar a formação de vínculos parentais em desacordo com as normas do Código Civil, nos casos de impedimentos matrimoniais, os filhos devem ter acesso aos dados biológicos do doador para descoberta de possível impedimento matrimonial, pois em se mantendo esse sigilo de forma absoluta, isso poderia redundar, futuramente, em relações incestuosas.

Ao manter-se o sigilo quanto à paternidade biológica, é possível que irmãos (nascidos do material genético do mesmo doador) ou até o próprio doador e uma filha venham a casar-se por desconhecimento de sua origem genética. Diante desta situação, o direito à intimidade deve ser deixado de lado, podendo existir situações em que o próprio doador deseje saber se a pessoa com quem quer contrair vínculo foi ou não gerada a partir de seu material genético. O anonimato absoluto prejudicaria a dignidade da pessoa de forma absurda, se, após contrair núpcias, o casal descobrisse que existia algum impedimento de ordem moral para o casamento.

Vê-se, portanto que a prevalência de outros interesses frente ao direito à intimidade, pois apesar do direito à intimidade da vida privada ter um conteúdo extraordinariamente amplo e variável, em função do titular a que respeite, por outro lado, mesmo no plano da tutela do núcleo essencial da intimidade que se considera comum a toda pessoa humana, há que atender a que o direito à intimidade que se pretende tutelar, como qualquer outro, não é ilimitado, antes deve ser cercado pelas limitações inerentes à sua eventual subordinação a outros interesses superiores ou de igual valor.

Frente às outras duas hipóteses, que seriam a de conhecer a identidade genética para desconstituir vínculo parental motivado por interesses financeiros ou descontentamento com a

instituição familiar, é quase que uniforme a opinião dos doutrinadores pela manutenção do anonimato do doador, vez que não se estaria defendendo a dignidade da pessoa humana, mas apenas interesses financeiros pessoais do ser gerado e ferir a dignidade dos pais socioafetivos. Pois pode haver maior respeito à dignidade humana no não conhecimento da origem genética de alguém, do que neste conhecimento. Defender o direito à ação de investigação de paternidade contra o doador do sêmen seria defender que todas as crianças adotadas tenham direito à buscar sua origem genética. Haja vista o anonimato evitar que, tanto o doador como a criança, procurem estabelecer relações com vistas à obtenção de meras vantagens pecuniárias.

Por sua vez, Moreira Filho (2008), se manifesta no sentido de que o direito ao reconhecimento da origem genética não importa, igualmente, em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva e apenas assegura a certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca e não poderá nunca ser renunciada por quem não seja o seu titular. É perfeitamente possível que o conhecimento da ascendência genética prevaleça sobre o direito à intimidade do doador, pois é o direito que protege de forma mais ampla a dignidade da pessoa humana, ressalte-se apenas em alguns casos na utilização da reprodução assistida heteróloga como para o desenvolvimento da personalidade da criança e a manutenção de sua vida. Sendo assim, o direito ao conhecimento da origem genética, permite que em ambos os casos (doação de sêmen e/ou óvulo), a paternidade ou a maternidade também pode ser investigada, pois tanto o filho quanto o pai biológico têm o sagrado, natural e constitucional direito de saber a sua origem, a sua ancestralidade, que faz parte da personalidade e dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Porém, essa investigação, se já existente a paternidade e/ou maternidade socioafetiva, estará restrita aos três efeitos jurídicos, quais sejam: 1. por necessidade psicológica ao conhecimento da origem genética; 2. para segregar os impedimentos do casamento; 3. para preservar a saúde e a vida

dos pais e do filho biológico nas graves doenças genéticas.

Ressalte-se que o direito ao em tela, trata-se de um direito e não de um dever, pois se a criança não sentir necessidade de conhecer suas origens não pode ser obrigada a conhecê-las, podendo permanecer, se assim quiser, na ignorância quanto a sua ascendência, pois ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, embora tenha assegurado o direito de conhecê-la se assim desejar, sem levar em consideração a natureza da filiação.

Respeita-se a dignidade da pessoa humana na proteção da intimidade da pessoa física na modalidade de direito à reserva, pois é o direito que cada um tem de se opor à investigação ou divulgação de quaisquer fatos a ela referentes, subtraindo-os ao conhecimento dos outros em particular e da curiosidade pública em geral.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à intimidade, ambos gozando de uma mesma proteção por serem direitos fundamentais, contrapondo-se nos casos de reprodução assistida heteróloga, não dispondo a ordem jurídica de um tratamento efetivo na legislação. Vindo a necessitar de uma lei específica que regularize a situação de doadores e de receptores, bem como dos indivíduos havidos por meio destas técnicas.

CAPÍTULO 3 DO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA

Atualmente, para um tema tão relevante, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que trate do assunto. A produção legislativa até o momento tem-se limitado a alguns projetos de lei que ainda tramitam no Congresso Nacional, não se obtendo nenhuma concretude.

3.1 Ausência de previsão legal

Apesar da técnica de reprodução assistida heteróloga ser um recurso freqüentemente utilizado pelos casais com problemas de infertilidade, a legislação brasileira não tem sido dinâmica para acompanhar a evolução no campo da engenharia genética. Prova disso é a oportunidade que o legislador do Código Civil de 2002 teve de tratar da matéria e assim não o fez. De outro modo, deve-se levar em consideração a morosidade legislativa desde a feitura do projeto de lei deste código no ano de 1975, transcorrendo vinte e sete anos até sua publicação em 2002, fazendo com que o mesmo já surgisse falho.

Defende-se que tema de tamanha relevância deveria ser abordado em lei específica, o que até o presente momento não ocorreu. Até agora, a norma que se deteve a reprodução humana assistida heteróloga, foi a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que, adotou normas éticas quanto à regulamentação dos procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que utilizam técnicas de reprodução assistida.

No Congresso Nacional foram produzidos alguns projetos de lei com o objetivo de regulamentar a reprodução humana medicamente assistida, dos quais temos como exemplos: o Projeto de Lei n.º.3.638/97, do Deputado Luiz Moreira; o Projeto de Lei n.º.90/99, do Senador Lúcio Alcântara; o Projeto de Lei n.º.1.184/03, de José Sarney; o Projeto de Lei

nº.120/03 do Deputado Roberto Pessoa e também o Projeto de Lei nº.4686/04, de José Carlos Araújo. De todos eles, o projeto mais antigo é o Projeto de Lei nº.3.638/97, o mesmo é resultado da influência da Resolução do CFM nº. 1.358/92, que defende o anonimato absoluto do doador, enfatizando apenas a possibilidade de em casos de problemas de saúde da criança, as informações sobre a ascendência genética serem fornecidas somente para médicos. Entretanto, o projeto mais apto para abordar a matéria é o projeto do Senador Lúcio Alcântara que está em tramitação no Senado Federal. Este projeto passou por várias deliberações modificando sua redação original resultando em dois substitutivos, um de autoria do Senador Roberto Requião em 1999 e o outro do Senador Tião Viana, de 2001.

No Projeto de Lei nº: 90/99, em sua redação original estava previsto no seu art. 1º, I como beneficiários das técnicas de reprodução assistida as mulheres ou casais que solicitassem o emprego da reprodução assistida, como também para os solteiros, ante o reconhecimento dado pela Constituição Federal à família monoparental. Como expõe Cândido (2008), há de se permitir a reprodução assistida para os solteiros, pois não se pode contrariar os preceitos constitucionais que reconhecem a monoparentalidade e deixar de possibilitar o acesso às técnicas reprodutivas a estes. O substitutivo de 99 restringia o acesso somente para os casais, mas não obteve aceitação, uma vez que a redação original, permitiu a utilização das técnicas pelos solteiros, e assim manteve-se no segundo substitutivo que adota o entendimento da Lei nº. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar.

O Projeto original prevê o consentimento livre e esclarecido em relação aos beneficiários da técnica, e em relação aos doadores, que devem ser conhecedores de uma possível identificação civil por parte da criança gerada. Defende que a identificação civil poderia ocorrer quando a criança completasse a maioridade, ou a qualquer tempo em casos de falecimento de ambos os pais. O reconhecimento, por sua vez, poderia ocorrer se a criança não tiver no registro a filiação relativa à pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe

substituta. Os substitutivos do projeto não prevêm a necessidade de consentimento livre e esclarecido em relação ao reconhecimento, somente em relação à identificação.

Outras questões importantes surgiram no decorrer da evolução do projeto: o projeto original defendia que a identificação poderia ocorrer quando a criança completasse a maioridade, ou a qualquer tempo em casos de falecimento de ambos os pais. Já o substitutivo de 99, mesmo exigindo a declaração de consentimento do doador prevendo sua identificação civil, não permite a identificação pela criança. Somente o médico é que poderá conhecer a identidade do doador e deverá omiti-la ao paciente. O substitutivo de 2001 dispõe em seu art. 9º, §1º que a criança poderá a qualquer tempo conhecer a identidade do doador, inclusive através de representação ou assistência enquanto incapaz.

O projeto, bem como os seus substitutivos determina a obrigatoriedade de registros nos casos de reprodução assistida dos dados sobre o doador no caso de necessidade de informações aos médicos, como também para conhecimento de disponibilidade para transplante de órgãos. No original o período de registro das informações era obrigatório por vinte e cinco anos, seus substitutivos aumentaram para o período de cinquenta anos. O projeto original e seus substitutivos dispõem sobre a possibilidade de consulta desses registros através do médico sem a necessidade da criança vir a conhecer seu ascendente.

O Projeto de Lei 1.184 de 2003 do Senador José Sarney reproduz o substitutivo de 2001 do Projeto de Lei nº 90/99 do Senador Lúcio Alcântara. O Projeto de Lei nº. 120/03 do Deputado Roberto Pessoa pretende acrescentar o art. 6º - A na Lei 8.560-92, que dispõe cerca da investigação de paternidade. Neste artigo prevê-se a possibilidade de conhecer a identidade dos doadores, sem ressalvas. Por fim, o Projeto de Lei nº. 4.686-04 do Deputado José Carlos Araújo, o mais recente dentre os projetos, propõe o acréscimo do art. 1.597-A ao Código Civil, prevendo a identificação civil do doador a qualquer tempo, inclusive através de representante legal também sem nenhuma restrição. Apesar das disposições deste projeto

serem parecidas com as do substitutivo de 2001 do projeto 90/99, deve-se lembrar das limitações formais das normas do Código Civil, uma vez que o assunto não foi abordado na redação original do Código, pois a reprodução humana é assunto que deve ser objeto de leis especiais. Apenas como um adendo deve-se ressaltar que foi publicada, em 05 de janeiro de 1995, a Lei 8.974, conhecida como Lei de Biossegurança, que levou o Conselho Nacional de Saúde a editar a Resolução 196/96, que dispõe sobre as normas éticas para orientar pesquisas envolvendo seres humanos, e que posteriormente foi complementada pela Resolução 303/00, do mesmo órgão, para incluir o tema especial da reprodução humana, sendo seguidas até os dias atuais.

3.2 Remédio Jurídico Cabível para o Conhecimento da Identidade Genética

Mesmo defendendo-se o direito ao conhecimento da origem genética nos projetos de lei supra mencionados, de todos eles, apenas o projeto nº. 120/03 define uma ação específica para esta identificação que seria a ação de investigação de paternidade, embora também sejam defendidos posicionamentos no sentido de se considerar o Habeas Data, previsto constitucionalmente, a ação competente para a busca da ascendência biológica e até mesmo o Mandado de Segurança.

Compreende a maior parte da doutrina que a ação adequada para conhecer a origem genética é a ação de investigação de paternidade prevista na Lei nº. 8.560/92. Neste entendimento, Cândido (2008), defende a utilização desta ação para efetivação do direito de se conhecer o doador, pois impedir a ação investigatória de paternidade é discriminar o filho originado de concepção heteróloga.

Contra este entendimento se opõe Lóbo (2008), para o qual garantir a efetivação do direito fundamental do conhecimento da origem genética, não é necessário investigar, pois

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

Como já fora explicitado, o entendimento da filiação atualmente é diferente da origem biológica da pessoa, pois 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. Baseando-se nisto é que não se aceita a utilização da ação de investigação de paternidade como meio para o conhecimento da identidade genética, por se mostrarem como sendo institutos diferentes.

A paternidade e a maternidade decorrem do fato do filho estar na posse do estado de filho em relação a estas pessoas. A filiação comprova-se através da certidão de nascimento, na qual, se for caso de reprodução medicamente assistida heteróloga, deverá constar o nome dos beneficiários do processo, ou seja, dos pais socioafetivos e não o nome do doador dos gametas. Desta forma, sendo registrados os nomes do pai e da mãe, não se pode modificar a filiação, exceto por erro ou falsidade deste registro. Como dispõem os artigos 1.603 e 1.604 do Código Civilista de 2002:

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

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

Por sua vez a ação de investigação de paternidade terá cabimento quando no registro de nascimento do filho não constar a paternidade estabelecida, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 8.560/92.

No caso de pessoa que já tenha pai e mãe estabelecidos juridicamente, mesmo diante da possibilidade de propor ação de investigação de paternidade, como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente tal ação objetivando o conhecimento da origem genética não deverá ter efeitos próprios de investigação de paternidade, uma vez que a paternidade já se encontra estabelecida em relação aos pais socioafetivos, e não há motivos para desfazê-la, em meio a atual conjuntura onde a paternidade socioafetiva ganha mais relevância na definição do parentesco. A ação deve limitar-se apenas ao conhecimento da identidade genética.

A investigação poderá acontecer na hipótese prevista na Lei nº.8560/92, quando uma mulher solteira beneficiária da técnica de reprodução assistida heteróloga registre a criança apenas em seu nome. Nesta situação a investigação deve limitar-se ao conhecimento da origem genética, sem estender os efeitos do reconhecimento ao doador, tendo o projeto parental sido de autoria da mulher solteira, assim a criança concebida é de sua responsabilidade. Desta forma, nota-se a deficiência desta ação para buscar o conhecimento da origem genética, pois na técnica de reprodução assistida heteróloga, existe a possibilidade tanto de doação dos gametas femininos quanto masculinos, e no caso da criança ser concebida com óvulo doado, a busca da sua ascendência não poderia acontecer por meio da ação de investigação de paternidade.

Além dos limites quanto ao interesse de agir do indivíduo que deseja desvendar sua ascendência, terá a ação que ser declarada de efeitos limitados, pois os efeitos da ação são opostos a real finalidade buscada, como se verifica no entendimento do artigo 1.616 do Código Civil de 2002, para o qual a sentença que julgar procedente a ação de investigação de

paternidade fará com que esta produza os mesmos efeitos do reconhecimento, ressaltando porém, que poderá ordenar a criação e educação do filho fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Conclui-se desta maneira, que o indivíduo que deseja buscar sua origem, mesmo no caso da ação de investigação de paternidade ser adequada, seus efeitos deverão ser limitados na sentença, pois se julgada procedente, gera efeitos de reconhecimento, tanto morais quanto patrimoniais. Dentre os efeitos morais está a submissão ao poder familiar, o qual já é exercido pelo pais socioafetivos, e cujo exercício compreende os direitos e deveres elencados no artigo 1.634 do Código Civil de 2002, dentre eles pode-se citar: a criação e educação; a companhia e guarda; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Pelo exposto, a ação investigatória de paternidade se mostra inábil na busca do conhecimento da origem genética, primeiro, porque seria equivocada ao passar a idéia de que origem genética se confunde com o instituto da paternidade, segundo, por não poder ser proposta para investigação da doadora de óvulos, e, os seus efeitos de constituição de novo vínculo parental, desconstituem o anterior e submete o indivíduo ao poder familiar do doador, tendo fim diverso do pretendido. Pelo fato do Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê restrições à sua propositura e também por ainda não existir ação própria, a ação investigatória de paternidade é utilizada de forma equivocada por aqueles que desejam conhecer sua ascendência genética, sendo, na prática concedida, porém com efeitos limitados.

Para alguns doutrinadores conforme mencionado anteriormente, o *Habeas Data*, previsto constitucionalmente no artigo 5º, LXXII, da Carta Magna, é apontado como forma de se conhecer a origem genética. Pois por meio deste remédio constitucional, segundo Balan (2008) pode-se atingir entidades que mantenham bancos de dados de caráter público; o que abrange casas de saúde, bancos de sêmen e de embriões e, fundamentalmente, as pessoas dos

profissionais que se responsabilizaram pelo procedimento médico referente à procriação assistida heteróloga. Todavia, assim como a investigação de paternidade, o *Habeas Data* também não deve ser apontado como ação própria para o conhecimento da origem genética por motivos extraídos da própria análise da sua previsão constitucional.

O primeiro fator apontado é quanto ao objeto do conhecimento, que são as informações relativas à pessoa do impetrante. Mesmo que as informações acerca da origem genética sejam relativas ao impetrante, mas a busca é por informações relativas à pessoa do doador, o que não pode ser fornecido através de *Habeas Data*. O segundo fator é a necessidade destes arquivos constarem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Se a aplicação da técnica de reprodução medicamente assistida ocorreu em hospital público é pacífico que existirá o caráter público e poderá servir-se de tal ação, o que não acontecerá se o procedimento se der em empresas particulares. Pois conforme explicação de Alexandre de Moraes (2002, p. 157):

Poderão ser sujeitos passivos do *habeas data* as entidades governamentais, de administração pública direta ou indireta, bem como as instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, e desde que detenham dados referentes às pessoas físicas ou jurídicas.

É, desta forma, inadequada à propositura do *Habeas Data* com objetivo de se encontrar a origem genética, por duas razões: pelo fato das informações buscadas serem relativas ao doador e não somente ao impetrante, e da não caracterização dos bancos de gametas e das empresas que utilizam as técnicas de reprodução assistida heteróloga como sendo de caráter público.

Aponta-se ainda, como meio para o conhecimento da ascendência genética, a utilização da ação constitucional de Mandado de Segurança, prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal. Como apreende-se da leitura do artigo, se o direito não foi amparado

pelo *Habeas Data*, seria amparado pelo Mandado de Segurança a ser impetrado pelo indivíduo que deseje desvendar sua origem genética. A defesa da utilização do Mandado de Segurança esbarra no critério da legitimidade passiva para impetrar tal ação, pois tal como expõe Lenza (2006, p. 578):

O legitimado passivo, sujeito passivo, impetrado e a autoridade coatora responsável pela ilegitimidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A autoridade, portanto, é o agente público investido de poder de decisão para anular o ato ou para suprimir a omissão lesiva de direito líquido e certo do impetrante, não se confundindo, portanto, com o mero executor.

Assim também se mostra inadequado o Mandado de Segurança, tendo em vista que as clínicas de reprodução assistida, em sua maioria, são de pessoas jurídicas de direito privado.

Entendendo-se o direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética como direito da personalidade, e que tal direito deve ser tutelado, não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma ação adequada para concretização deste direito, percebe-se uma necessidade premente para criação de ação própria que possibilite a efetivação deste direito constitucionalmente protegido. E que, esta ação preveja limitações à possibilidade de sua propositura, sendo importante que limite o conhecimento da origem genética aos casos em que o direito fundamental ao conhecimento se sobreponha ao direito à intimidade do doador.

3.3 Discussão acerca do tema

A Constituição de 1988 elevou expressamente à categoria de direito fundamental individual a intimidade do ser humano, tutelando em seu artigo 5º, X, a inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, além de assegurar o

direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Incontestável é a proteção proporcionada pelo ordenamento jurídico pátrio ao direito à intimidade. A Constituição Federal não só declara sua inviolabilidade, como também prevê indenização por danos morais e patrimoniais nos casos em que o preceito constitucional venha a ser descumprido, na forma da lei civil. E, por tratar-se de direito fundamental, não pode ser abolido nem mesmo por emenda constitucional, de acordo com o que dispõe o artigo 60, §4º, inciso IV da Carta Magna.

Destaque-se, que os dados genéticos fazem parte dos atributos íntimos do homem, por representarem seu passado e servirem de base para sua possível condição futura. Esta é a posição que o direito brasileiro adota, conforme está explicitada no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº: 1.246/88), em seu artigo 11, ao dispor dentre o rol dos princípios fundamentais, o dever médico de manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O Mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

Desta leitura, percebe-se que o paciente possui inteira e inquestionável disposição sobre seus dados médicos, incluídos seus dados genéticos. Podendo-se mesmo afirmar que o prontuário é do paciente, sendo errôneas e desatualizadas as expressões "prontuário médico" e "arquivo médico", vez que os hospitais, clínicas de saúde e médicos são apenas depositários destas informações. Inadmissível e contrário à previsão constitucional é a divulgação dos dados genéticos de um paciente sem sua prévia e legal autorização, sem quaisquer constrangimentos, ainda que para fins meramente científicos.

Ademais, é interessante que além da questão da violação ao direito à intimidade do doador, abordar os efeitos pessoais e patrimoniais do conhecimento da origem genética poderiam acarretar ao mesmo. No projeto de Lei 90/99 do Senador Lúcio Alcântara, em sua

redação original, prevê a possibilidade de reconhecimento por parte do doador da criança através de reprodução assistida heteróloga, no caso do ser gerado não possuir o nome do pai no registro de nascimento. Deste reconhecimento derivaria uma série de direitos e deveres inerentes ao reconhecimento da paternidade ou maternidade. Este reconhecimento pelo doador era, porém, uma exceção, devendo em regra ser os beneficiários, ou seja, os pais socioafetivos, os responsáveis pela criança, pois é destes que foram a opção pela utilização da técnica de reprodução assistida, como forma de viabilizar o projeto parental.

Essa possibilidade de reconhecimento, entretanto, não se manteve nos dois substitutivos do projeto, que dispõem que não existirá qualquer vínculo ou direitos decorrentes da doação de gametas. Desse modo, o art. 19 do substitutivo de 99 e o art. 17 do substitutivo de 2001, prevêm como efeitos do conhecimento da ascendência genética apenas os impedimentos matrimoniais previstos no Código Civil em seu art. 1.521:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A atual versão do Projeto de Lei n.º: 90/99, qual seja o Projeto n.º: 1.184/03, ^{4.º} compartilha o entendimento da maioria da doutrina do qual compartilham Belmiro Pedro Welter e Guilherme Calmon Nogueira Gama, no sentido de proibir os efeitos típicos de reconhecimento de paternidade ou maternidade por ocasião do conhecimento da ascendência genética, salvo por impedimentos matrimoniais. Na opinião destes estudiosos existiria uma

equiparação dos efeitos do conhecimento da origem genética aos efeitos da adoção, tanto que o Deputado José Carlos Araújo, no projeto de Lei nº. 4686/04 que objetiva o acréscimo do art. 1597-A ao Código Civil indica que "o conhecimento da verdade biológica impõe a implicação dos artigos 1521, 1596, 1626, 1628 (segunda parte) deste código". O art. 1521 do Código Civil de 2002 contém os impedimentos matrimoniais, o artigo 1.596 dispõe sobre a igualdade dos filhos independente de origem, e os artigos 1.626 e 1.628 fazem parte do capítulo sobre adoção. Dispõem os artigos:

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

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

Segundo Cândido (2008), José Carlos Araújo, em sua justificativa para o Projeto de Lei nº4686/04 afirma:

[...] não deverá haver nenhum vínculo, nem paternal, nem patrimonial, bem como direito sucessório entre a pessoa concebida por técnica medicamente assistida heteróloga e o doador de gametas. O conhecimento da origem genética não modifica em nada as relações jurídico- familiares que tal indivíduo possui com seus pais e sua família afetiva.

Dessa forma é prevalente o entendimento de não haver parentesco entre doador e a criança, mesmo quando esta venha a conhecer sua ascendência em sede de ação ainda não definida em lei, o que representa a inexistência de qualquer vínculo jurídico, obrigando somente doador e criança concebida a obedecerem aos impedimentos matrimoniais, os demais vínculos da criança se verificam em relação aos pais socioafetivos.

Pelo exposto, apreende-se que existindo o confronto entre o direito à vida e o direito à intimidade aplicar-se-á o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ao caso concreto, limitando um desses direitos em favor do outro e ao concluir-se que o direito à vida deve prevalecer, admitir-se-á então, uma restrição ao direito à intimidade do doador.

Contudo, o exercício do direito ao conhecimento da origem genética não poderá ocorrer de maneira irrestrita. Por isso, a necessidade de uma lei específica para o tratamento da matéria prevendo inclusive, a ação cabível para possibilitar tal conhecimento. Bem como, estabelecendo que as hipóteses em que será permitido o conhecimento serão nos casos de tratamento médico e para verificar a existência de impedimentos matrimoniais entre o doador e o indivíduo resultante do emprego da reprodução assistida heteróloga.

Além do que, deverá prever também que o conhecimento não poderá atribuir efeitos parentais e nem patrimoniais entre o doador e a pessoa que intentou a ação para o conhecimento, permanecendo assim, inalterados os vínculos entre esta e os pais socioafetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Biotecnologia avançou assombrosamente nos últimos anos, principalmente em relação à reprodução humana. Em meio às diversas técnicas de reprodução humana que os casais podem usufruir há a reprodução assistida heteróloga, aquela em que os gametas foram doados por um terceiro anônimo. O que causou inúmeras discussões morais, éticas e jurídicas.

Neste trabalho buscou-se analisar duas posições opostas, a posição do doador dos gametas e a posição da criança gerada por meio da reprodução assistida heteróloga. Tal situação ocasionou o conflito de direitos fundamentais de quarta geração: o direito à intimidade do doador dos gametas versus o direito da criança de conhecer a sua ascendência genética, além da determinação de qual seria o remédio jurídico cabível para o conhecimento da origem genética. Na análise deste conflito de direitos fundamentais deu-se enfoque ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como forma de solucionar este conflito. Expôs-se a respeito da ação de Investigação de Paternidade, do Habeas Data e do Mandado de Segurança e concluindo-se que nenhuma destas ações é a apropriada para o conhecimento da ascendência genética e que o ordenamento jurídico pátrio é falho no tratamento da matéria.

Diante do exposto, alcançaram-se os objetivos propostos, uma vez que a pesquisa desenvolveu-se numa estrutura lógica, tendo adotado os métodos bibliográficos, histórico-evolutivo e exegético-jurídico. Fora dividida em três capítulos, no primeiro foi feita uma abordagem da evolução dos direitos reprodutivos até as técnicas de reprodução assistida, além de estudo sobre a filiação desde o Direito Romano até os dias atuais e a relação com a reprodução assistida heteróloga. No segundo capítulo, abordou-se o conflito de direitos fundamentais quando da utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga diante do direito ao conhecimento da origem genética, bem como observou-se a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como forma de solução para o conflito. Finalmente, no

terceiro capítulo, enfocou-se a lacuna no ordenamento jurídico pátrio quanto ao tratamento da matéria, o direito ao conhecimento da origem genética e a ação cabível para tal, além da posição do doador dos gametas.

Também foram alcançados os resultados propostos, tais como: explanou-se acerca do conflito de direitos fundamentais existente na reprodução heteróloga; apresentou-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como meio para solucionar este conflito; falou-se da carência de uma ação para o conhecimento da origem genética e por fim, chamou-se atenção para a necessidade da produção de uma norma que regulamentasse a matéria.

Além do que, comprovou-se o problema e a hipótese formulados, o primeiro demonstrou-se no questionamento adiante indicado: O exercício do direito ao conhecimento da origem genética deve prevalecer sobre os demais direitos fundamentais? E, posteriormente a hipótese: Não, pois entre os direitos fundamentais não existe hierarquia, sendo necessária a aplicação da proporcionalidade no exercício destes, buscando-se sempre a preservação da Dignidade da Pessoa Humana.

Verificou-se na presente pesquisa a premente necessidade de abordagem dos direitos fundamentais, principalmente sob a perspectiva de que os mesmos não são absolutos, haja vista, não existir hierarquia entre eles. Pelo contrário, encontram-se os referidos direitos no mesmo patamar, devendo quando da sua aplicação ao caso concreto ponderar-se a proporcionalidade através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro, TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1480, 21 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>>. Acesso em: 29 mar. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direitos Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Os dados genéticos e a proteção à intimidade no direito brasileiro: apontamentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 457, 7 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5780>>. Acesso em: 05 abr. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. Vol. VI. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 02 abr. 2008

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2000.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 12 mar. 2008

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 24 mar. 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 22 mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito de Família*. Vol. VI. 6ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2006.

ANEXO I PROJETO DE LEI Nº 90, DE 1999

Autor: Senador Lúcio Alcântara

Dispõe sobre Reprodução Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**SEÇÃO I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS**

Artigo 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação. § 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I - embriões humanos aos produtos da união in vitro de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento;

II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;

III - criança ao indivíduo nascido em decorrência do emprego de RA;

IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados in vitro, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.

Artigo 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;

II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;

III - a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;

IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no artigo 3º;

V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;

VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

SEÇÃO II DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Artigo 3º - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:

I - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das técnicas de RA disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

II - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de RA nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à RA;

III - a possibilidade e probabilidade de incidência de acidentes, danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para as crianças;

IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;

V - todas as informações concernentes à licença de atuação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VI - demais informações definidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges ou companheiros em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no artigo 12.

§ 3º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, vedada qualquer coação física ou psíquica, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos usuários;

II - o destino a ser dado, no caso de divórcio ou separação do casal, aos embriões excedentes que vierem a ser preservados na forma do §4º do artigo 9º;

III - as circunstâncias em que os doadores autorizam ou desautorizam a utilização de seus gametas e embriões.

§ 4º No caso de utilização da RA para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, o documento deve conter a indicação precisa da doença e as garantias de

diagnóstico e terapêutica, além de mostrar claramente o consentimento dos receptores para as intervenções a serem efetivadas sobre os gametas ou embriões.

§ 5º O consentimento só será válido para atos lícitos e não exonerará os envolvidos em práticas culposas ou dolosas que infrinjam os limites estabelecidos nesta Lei e em seus regulamentos.

SEÇÃO III DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS

Artigo 4º - Cabe a clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam a RA a responsabilidade sobre:

I - o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, a conservação, a distribuição e a transferência do material biológico humano utilizado na RA, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

II - o registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a RA, pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego das técnicas em cada caso;

III - a obtenção do consentimento informado dos usuários de RA, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no artigo anterior.

Parágrafo único. As normas para o cumprimento do disposto neste artigo serão definidas em regulamento.

Artigo 5º - Para obter sua licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam RA devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente licenciado para realizar a RA, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a RA;

III - dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a RA, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos;

IV - dispor de registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na RA com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego do material.

§ 1º A licença mencionada no caput, obrigatória para todos os estabelecimentos e profissionais médicos que pratiquem a RA, será válida por dois anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seus regulamentos.

§ 2º O profissional mencionado no inciso I não poderá estar respondendo, na Justiça ou no órgão de regulamentação profissional da categoria, a processos éticos, civis ou penais relacionados ao emprego de RA.

§ 3º O registro citado no inciso III deverá conter, em prontuários, elaborados inclusive para a criança, e em formulários específicos, a identificação dos usuários e doadores, as técnicas utilizadas, os procedimentos laboratoriais de manipulação de gametas e embriões, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deverá conter, em prontuários individuais, a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, uma foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 5º As normas para o cumprimento deste artigo serão definidas em regulamento.

SEÇÃO IV DAS DOAÇÕES

Artigo 6º - Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada a remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Os estabelecimentos que praticam a RA estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

§ 2º Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.

§ 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 4º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

§ 5º A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a RA e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

§ 6º Com base no registro de gestações, o estabelecimento que pratica a RA deverá evitar que um mesmo doador venha a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes.

§ 7º Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipe do estabelecimento que pratica a RA ou seus parentes até quarto grau.

Artigo 7º - Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada conhecida como doação temporária do útero, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na usuária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada sua modalidade remunerada conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO V DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Artigo 8º Na execução de técnica de RA, poderão ser transferidos no máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora.

Artigo 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados in vitro, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação in vitro será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Artigo 10º - Ressalvados os casos de material doado para pesquisa, a intervenção sobre gametas ou embriões in vitro só será permitida com a finalidade de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, no caso de ser feita com fins diagnósticos, ou de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, no caso de ser feita com fins terapêuticos.

§ 1º A pré-seleção sexual de gametas ou embriões só poderá ocorrer nos casos em que os usuários recorram à RA em virtude de apresentarem hereditariedade para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo.

§ 2º As intervenções autorizadas no caput e no parágrafo anterior só poderão ocorrer se houver garantias reais de sucesso.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será definido em regulamento.

SEÇÃO VI DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Artigo 11º - A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.

Parágrafo único. Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.

Artigo 12º - A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

§ 1º A prerrogativa garantida no caput poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.

§ 2º No caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido.

§ 3º No caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.

§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.

SEÇÃO VII DOS CRIMES

Artigo 13º - É crime:

I - praticar a RA sem estar previamente licenciado para a atividade;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

II - praticar RA sem obter o consentimento informado dos receptores e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

III - envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

IV - fornecer gametas ou embriões depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas e embriões sem a autorização deste;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

V - intervir sobre gametas ou embriões in vitro com finalidade diferente das permitidas nesta Lei;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VI - deixar de manter as informações exigidas nesta Lei, na forma especificada, ou recusar-se a fornecê-las nas situações previstas;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

VIII - implantar mais de quatro embriões na mulher receptora;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

IX - realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar esses gametas e embriões;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

§ 1º No caso de gametas ou embriões depositados por casal, incide no crime definido no inciso IV a pessoa que os fornecer a um dos membros do casal isoladamente.

§ 2º A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste artigo acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida e do profissional responsável, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

SEÇÃO VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 14º - O Poder Público editará os regulamentos necessários à efetividade da Lei, inclusive as normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de RA, concederá a licença aos estabelecimentos e profissionais que praticam a RA e fiscalizará a atuação de ambos.

Artigo 15º - Esta Lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

ANEXO II RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

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

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

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

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

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

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

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

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

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ
Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL
Secretário-Geral

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

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

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

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

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

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

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

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

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

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

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

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

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

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

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

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

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

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

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

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

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

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

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.