

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: A IMPLICAÇÃO JURÍDICA ENTRE O DIREITO AO RECONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR

Thaline Vila Nova Lopes - UNIBALSAS¹
Carline Harma Hoogerheide - UNIBALSAS²
Ereni Piroli Baziqueto - UNIBALSAS³
Rosemara Unser - UNIBALSAS⁴

Resumo: O presente artigo versa sobre a inseminação artificial heteróloga e a implicação jurídica entre o direito ao reconhecimento da origem genética e o direito à intimidade do doador. Nessa senda, o primeiro tópico tem como finalidade discorrer sobre as técnicas de reprodução assistida, fazendo uma breve diferenciação entre elas, envolvendo principalmente a inseminação artificial heteróloga e homóloga. Já no que tange ao segundo tópico foi abordado uma breve análise e diferenciação entre o direito a origem genética e à intimidade do doador, abordando também os conflitos relacionados a esse tema. Por fim, é analisado a possibilidade de relativização desses direitos, como forma de resolução dos conflitos existentes ou que possam vir a existir. Para a realização do objetivo proposto, adota-se um método de abordagem dedutivo, a partir de estudo bibliográfico.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Identidade Genética. Intimidade. Relativização.

Abstract: This article deals with heterologous artificial insemination and the legal implication between the right to recognition of genetic origin and the right of the donor's privacy. In this path, the first topic aims to discuss assisted reproduction techniques, making a brief differentiation between them, involving mainly the heterologous and homologous artificial insemination. Regarding the second topic, a brief analysis and differentiation between the right to genetic origin and the intimacy of the donor was addressed, also addressing the conflicts related to this theme. Finally, it is analyzed the possibility of relativization of these rights, as a way of resolving conflicts that may exist or may exist. To achieve the proposed objective, a deductive approach method is adopted, based on bibliographic study.

Keywords: Assisted Reproduction. Genetic Identity. Intimacy. Relativization

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo tratar dos conflitos gerados pelas técnicas de reprodução humana assistida, especialmente da técnica de inseminação artificial heteróloga. Essa técnica permite a criação de um novo indivíduo munido de personalidade e direitos individuais, e que se utiliza de material genético doado por um terceiro estranho a relação, sem interesse em criar vínculos com a criança gerada, criando-se então uma colisão de direitos, uma vez que a criança havida por essa técnica possui direito a origem genética e o doador de material genético possui

¹ Acadêmica do curso de Direito. Grupo de pesquisa de Direito Civil e Processo Civil. E-mail: thatavn09@gmail.com.

² Professora Orientadora do Grupo de Pesquisa de Direito Civil e Processo Civil. Email: carlineharma@gmail.com

³ Professora Orientadora do Grupo de Pesquisa de Direito Civil e Processo Civil. Email: erenipiroli@gmail.com

⁴ Professora Orientadora do Grupo de Pesquisa de Direito Civil e Processo Civil. Email: ro.unser@hotmail.com

o direito ao sigilo, resguardado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e o direito a intimidade.

No primeiro momento faz-se necessário uma diferenciação entre algumas dessas técnicas de reprodução assistida, como por exemplo: Fertilização In Vitro (FIV); Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICIS); Transferência de Embrião Congelado (TEC); e a Inseminação Intrauterina (IIU), e especificando o que se trata a inseminação artificial heteróloga, entrando na seara do conflito envolvendo esse tema, qual seja: Direito a identidade genética e o direito à intimidade do doador, ambos inseridos no direito da personalidade.

No segundo tópico, aponta-se as diferenças entre esses direitos fundamentais, apresentando os principais pontos de cada um, abordando de início sobre o que se trata o direito da personalidade, logo após sobre a identidade genética, e derradeiramente entra-se na seara do direito à intimidade.

O terceiro e último tópico, está relacionado com a possibilidade da relativização de um direito sobre o outro, uma vez que até o presente momento não existe uma lei regulamentando esse conflito, dominando-se a incerteza de qual direito deve sobressair diante da colisão entre eles.

Por fim, faz-se necessário estudar acerca desses conflitos de direitos fundamentais, uma vez que é um tema cheio de lacunas e controvérsias. Devendo dessa forma, ser encontrada uma solução mais adequada, visto que ainda não existe uma legislação específica que regulamenta esse assunto.

Vale ressaltar que, a discussão apresentada utilizou-se do método dedutivo para a análise das questões levantadas, sendo trabalho desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, realizada através de livros, artigos científicos e materiais de meio eletrônico, os quais foram essenciais para a finalização deste.

1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, COM ENFOQUE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E HOMÓLOGA

As técnicas de reprodução humana assistida, são usadas para definir os métodos artificiais desenvolvidos no tratamento de pessoas inférteis na qual abrange o manuseio de pelo menos um dos gametas, seja feminino, masculino ou ambos (SOUZA 2016). Sob este aspecto, Marise Cunha de Souza (2010, p. 349) aduz que

a “Reprodução Assistida (RA), é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis”. Neste mesmo sentido, também entende Maria Berenice Dias, que:

Reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome reprodução assistida. A reprodução humana assistida, além de ser utilizada por casais inférteis, também poderá ser usada para evitar a transmissão de doenças genéticas degenerativas de pessoas férteis. (DIAS, 2011, p. 366)

Dessa forma, percebe-se o avanço da medicina, juntamente com a ciência, uma vez que a reprodução humana assistida era algo considerado impossível, e hoje até casais inférteis podem gerar filhos.

Conforme Karla Keila Pereira Caetano Souza (2016) a reprodução assistida teve seus primeiros testes iniciado na idade média, com tentativas em animais, e a primeira fertilização com óvulos humanos ocorreu com êxito em 1978, na Inglaterra, nascendo Louise Brown, o primeiro bebê concebido a partir da fertilização in vitro, realizada por Robert Edwards e Patrick Steptoe. Após seu nascimento, a reprodução assistida começou a ganhar uma grande repercussão, e só evoluiu a cada dia, possibilitando o surgimento de técnicas mais modernas (SOUZA, 2016).

Dentre essas técnicas as que possuem maior destaque são: Fertilização In Vitro (FIV); Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICIS); Transferência de Embrião Congelado (TEC); e a Inseminação Intrauterina (IIU). Em algumas técnicas a fecundação é feita no interior do útero, chamada de intracorpórea e em outros casos pode ser feita fora do corpo humano, conhecida como extracorpórea, segundo Souza (apud SOUZA, 2016, s.p).

Na fertilização In Vitro acontece à coleta dos gametas, a fecundação é feita em laboratório, e após a transferência e tratamento desses embriões, os mesmos são colocados de volta no útero materno. Geralmente essa técnica é utilizada quando nenhuma outra conseguiu trazer resultados positivos, conforme Nathalie Ayres (2019). Nessa lógica, é importante observar o que afirma Corrêa:

A fertilização in vitro é definida como, uma técnica de reprodução assistida que visa a manipulação de ambos os gametas (espermatozóides e óvulos) em laboratório, procurando obter embriões de boa qualidade. A obstrução tubária é a indicação clássica para FIV, outras indicações possíveis são:

infertilidade devido ao fator masculino; infertilidade sem causa aparente; todas as causas que não responderam a outros tipos de tratamento (CORRÉA apud SOUZA, 2016, p.31).

Nesse sentido, observa-se que a fertilização In Vitro, é uma técnica delicada, e de alta complexidade, uma vez que o óvulo é fecundado fora do corpo, e somente depois de formado é colocado no útero.

Já no que concerne, sobre a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides, Juliane Luiz Graciano (2014), aduz que esta é uma técnica de reprodução assistida que compreende uma alternativa à Fertilização In Vitro (FIV) convencional, na técnica da Injeção também ocorre de forma in vitro e consiste na injeção de um único espermatozoide micro manipulado, através de microscópios, diretamente dentro do óvulo. A injeção intracitoplasmática pode ser utilizada para a obtenção de embriões em casos de problemas de infertilidade relacionados aos espermatozoides como: indisponibilidade de espermatozoides, devido ao número limitado, em casos de homens que tenham feito vasectomia, ou com problema de ereção.

Na Transferência de Embrião Congelado, conforme Maia (2018), Munhoz (2018) e Silva (2018), a criopreservação (congelamento) é um procedimento que oportuniza maior lapso temporal de fertilidade, principalmente para as mulheres, que a partir dos 35 anos tendem a diminuir a produção de óvulos, neste método será preciso uso de medicamentos hormonais, com o intuito de produzir um número maior de óvulos.

Segundo Rodrigo da Rosa Filho (2017), na técnica acima citada, o embrião é congelado e no momento oportuno os gametas, quais sejam femininos e masculinos, são coletados e fertilizados em local capacitado para o embrião se desenvolver até a fase de transferência para o útero da mulher. O autor supracitado, ainda entende que:

O congelamento dos gametas femininos ou masculinos também representa uma alternativa de preservação da fertilidade tanto para mulheres que só pretendem engravidar futuramente e preferem conservar gametas saudáveis, bem como para pessoas acometidas por câncer e que ainda possuem o desejo de se tornarem mães ou pais após o tratamento (oncofertilidade). A criopreservação é bastante recomendada nesses casos, já que os tratamentos por meio da radioterapia ou quimioterapia podem afetar a fertilidade do paciente. É possível optar tanto pelo congelamento de embriões quanto de gametas (óvulos ou espermatozoides), de acordo com a necessidade e indicação médica para a preservação da fertilidade. (FILHO,2017, s.p)

Portando, em caso de futura infertilidade, tanto a mulher quanto o homem, podem conservar seus gametas, congelando-os de forma saudável. Ainda na seara da criopreservação, o Conselho Federal de Medicina (CFM), na resolução, 2.013/2013, dispõe que:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

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 falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Destarte a isso, no caso de congelamento dos embriões deve ocorrer a prévia manifestação dos pacientes, por escrito, sobre o que poderá ser feito com os embriões nos casos acima citados.

E ainda, dentro da técnica de Reprodução Humana assistida, está a Intrauterina, que segundo Leonardo Leite (2019), essa inseminação resume-se em preparar o sêmen e depositar os aptos a fertilizar diretamente no interior do útero, aproximando assim o espermatozoide do óvulo e conseqüentemente favorecendo sua fertilização. Ainda conforme Leite (2019), esta técnica é utilizada em casos de incapacidade do marido/parceiro, de ejacular, devido distúrbios ovulatórios; ou quando há modificações no muco cervical, que vão impedir a penetração voluntária dos espermatozoides no útero; em casos de alterações na qualidade do sêmen, ou endometriose. Nessa técnica inclui-se a inseminação artificial homóloga e heteróloga.

Na Reprodução Assistida Homóloga, não há doação de material genético de terceiro estranho ao procedimento, é utilizado somente o material biológico dos pais, que desejam ter o filho.

Para Dias (2016, p. 502) “Na inseminação artificial homóloga, o material genético pertence ao parceiro. E é utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz de provocar a fecundação por meio do ato sexual”. O CFM, na Resolução 2.121/2015, inciso I, 4, nos diz que:

I - PRINCÍPIOS GERAIS

[...]

4 - O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação

de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Portanto, para que seja utilizado o material biológico do marido/parceiro é preciso autorização de todos os envolvidos, caso os requisitos para a inseminação homóloga não sejam cumpridos, a presunção da paternidade deixa de existir. Lembrando que quando já iniciada a implantação dos embriões, não será admitida a retratação do consentimento (COUTO, 2015).

Os filhos havidos por inseminação artificial homóloga possuem os mesmos direitos que os gerados de forma natural, tanto o direito ao nome, à identidade genética, quanto ao direito sucessório, uma vez que Constituição Federal de 1988 se posicionou, proibindo qualquer discriminação entre filhos legítimos ou “ilegítimos”, houve também o posicionamento do Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597⁵, eliminando de vez qualquer ato discriminatório entre os filhos.

Já a técnica de Reprodução Assistida Heteróloga, se dá quando o doador do material biológico é alguém estranho à relação, a doação é feita de forma anônima, e pode ser tanto unilateral, material genético de apenas um doador, ou bilateral, que é o material genético de dois doadores. Para Dias (2016, p.502) “o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado no caso de esterilidade do marido ou companheiro”.

Ana Maria Alencar, ainda explana que:

Adota-se também a reprodução heteróloga para facilitar o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução de uma situação de infertilidade (incapacidade causada por disfunções orgânicas ou funcionais que atuam na fecundação impossibilitando a produção de descendentes) e esterilidade (incapacidade de um dos cônjuges, ou de ambos, de fecundarem por um período superior a um ano, quando da não utilização de nenhum método contraceptivo e com vida sexual normal, seja por causas orgânicas ou funcionais) conjugal, provocando a gestação através da facilitação ou da substituição de alguma

⁵Art. 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 subsequentes 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.

das etapas do ciclo reprodutivo, possibilitando que os casais estéreis ou inférteis venham a ter filhos (ALENCAR apud SILVA, 2017, s.p).

Destarte, a Reprodução Heteróloga facilita o processo de procriação para casais com dificuldades, seja por infertilidade, esterilidade ou dificuldades desenvolvidas nas células reprodutivas do casal, ou de apenas um deles.

Como já mencionado, o Código Civil de 2002, em seu art. 1597, inciso V, dispõe que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Portanto, quando a mulher é casada, é necessária a autorização prévia do marido, uma vez que esse autoriza, não pode futuramente desconhecer a paternidade do filho havido por inseminação artificial (DINIZ, 2012).

Como já mencionado, nessa técnica de reprodução assistida, a doação de sêmen é feita de forma anônima, ficando o doador afastado da paternidade, o mesmo possui seu sigilo resguardado pelo CFM, na resolução nº 2.121/2015, inciso IV, 4, que dispõe:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Desta forma, verifica-se que atualmente só existe uma exceção quanto ao sigilo resguardado ao doador, qual seja, por motivação médica, ocorre que a criança gerada por inseminação artificial heteróloga também possui direitos resguardados, como o direito à identidade genética (PEREIRA, 2015).

Pereira, ainda assevera que:

O conflito entre os direitos fundamentais relativos à reprodução assistida heteróloga, que permite a geração de um novo ser humano dotado de personalidade e direitos individuais e indisponíveis, como seu direito a identidade genética, buscando garantir o direito à vida, à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade, em face ao direito de intimidade do doador do material genético, o qual tem direito ao anonimato, uma vez que a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, no contexto da reprodução assistida heteróloga (PEREIRA, 2015, s.p).

Assim, inicia-se então uma polêmica envolvendo a inseminação artificial heteróloga, pois há um conflito entre o direito à intimidade do doador e o direito da criança ao reconhecimento da identidade genética, ambos inclusos no direito da personalidade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O DIREITO DA CRIANÇA AO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR.

O direito à intimidade conferido ao doador e o direito à identidade genética conferida a criança estão dentro dos direitos da personalidade, que conforme aduz DINIZ (2012), são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, como por exemplo sua integridade intelectual, integridade física, e integridade moral, como a honra, segredo pessoal, profissional, e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social.

Nesse mesmo sentido, Francisco Amaral (2003, p. 249) entende que “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual.”

Dessa forma, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e a sua dignidade, ou seja, são direitos intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis além de serem vitalícios e imprescritíveis, são também direitos *erga omnes*⁶, ou seja se aplicam a todos os homens.

A criança havida por inseminação artificial heteróloga possui o direito ao reconhecimento da identidade genética, que segundo Pereira (2015), esse direito é fundamental e indiscutível, pois encontra-se dentro do direito da personalidade, e interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo sentido, Sparemberger e Thiesen, (2010, p.3) entendem que:

O direito ao conhecimento da ascendência genética é um direito de personalidade, portanto, indisponível e irrenunciável. O direito à identidade genética, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, busca positivação e normatização como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

⁶ Afirmar que a decisão é dotada de eficácia erga omnes significa dizer que a decisão tem força geral, contra todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p.877)

Portanto, entende-se que a criança gerada por inseminação artificial heteróloga possui o direito de conhecer sua origem genética. Outros doutrinadores, como por exemplo Paulo Luiz Netto Lobo (2004), também se posicionam favoravelmente ao conhecimento da origem genética, com a alegação de que esta indicaria os genitores biológicos, para facilitar a presunção de doenças hereditárias, evitar acidentais relações incestuosas, e impedimentos matrimoniais, uma vez que o art. 1531 do Código Civil⁷, proíbe qualquer regime de casamento entre parentes naturais. Nesse diapasão, Lobo (2004, s.p), pontifica que:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Sendo assim, entende-se que conhecer a origem biológica é reconhecer, curar e até mesmo evitar doenças hereditárias, preservando assim, de certa forma, a vida, através do conhecimento da origem genética. A CF/88 em seu art. 227, § 6º nos diz que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 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.

Dessa forma, entende-se que o direito ao conhecimento da origem genética é consequente do disposto art. 227, § 6º da CF/88, determinando que todos os filhos tenham os mesmos direitos e qualificações, devendo dar às crianças geradas por reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer suas origens. Porém, a Carta Magna não dispõe sobre esse direito, mesmo ele sendo fundamental, pois o direito ao conhecimento da origem genética está dentro do direito da personalidade (SANTOS, 2018).

⁷ Art. 1521. Não podem casar:

I – Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

O estatuto da criança e do adolescente, em seu art. 27⁸, comenta que o reconhecimento da filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, dessa forma, o menor que quiser conhecer suas origens poderá exercer esse direito em face dos pais, sem qualquer restrição, observando-se o segredo de justiça. Nesse sentido, Maria Christina de Almeida, (2003, p.127) comenta que:

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

Portanto, conforme a autora supracitada, reconhecer a origem genética é uma necessidade humana, é desenvolver sua personalidade. Ademais, embora não se tenha uma cláusula própria na CF/88 sobre proteção aos direitos da personalidade humana, a mesma reconhece este direito através do princípio da dignidade humana, que consiste em uma cláusula geral da efetivação da proteção e do desenvolvimento da personalidade do ser humano (SOUZA, 2018).

Já no que tange ao doador de sêmen o mesmo possui seu sigilo resguardado pelo CFM, na resolução 2121/2015, inciso IV, 4⁹, essa referida resolução estabelece que o sigilo dos doadores deve ser mantido, exceto em situações especiais, como por exemplo por motivação médica, sendo permitido o fornecimento de informações somente para o médico, preservando-se a identidade civil do doador.

O doador de material genético possui também o direito à intimidade, que conforme aduz Oliveira (2014, s.p) “Direito à intimidade é aquele que preserva o ser humano da sua vida particular e seus pensamentos mais secretos do conhecimento de outras pessoas e do Estado, reserva a própria vivência da pessoa.”

⁸ Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁹ IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Oliveira (2014) ainda pontifica que o direito à intimidade, é o direito à liberdade pessoal de se manter isolado ou recolhido da própria sociedade, o que implica afirmar que o ambiente íntimo do ser humano deve ser um mundo desconhecido das demais pessoas, a fim de que fique preservada a sua singularidade.

Eduardo de Oliveira Leite justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

A doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato. (LEITE, pag.145)

Resta claro que, para o autor acima citado a reprodução heteróloga é uma forma de doação, sendo assim, essa ação exclui qualquer vínculo afetivo entre doador e a criança, não gerando ao doador qualquer vínculo parental.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), o direito ao anonimato é justificável pois a violação do mesmo pode acarretar consequências não só para o doador, mas também para a criança havida pela inseminação, o autor citado ainda explana que:

O anonimato dos pais naturais - na adoção – e na pessoa do doador – na reprodução assistida heteróloga – se mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga. (GAMA, 2003, p. 903)

Assim, observa-se que o autor supracitado acredita que para não gerar conflitos na criação da criança é mais benéfico manter o anonimato, visando ser o melhor para o doador do material genético e para a criança havida por inseminação.

Nesse mesmo sentido Pereira (2015), menciona que um dos argumentos para defender a inviolabilidade do anonimato do doador é que com a revelação da identidade do mesmo a estrutura familiar possa vir a se abalar, entre o doador de

sêmen e o verdadeiro pai biológico, verificando assim a existência de dois pais para a criança gerada por meio de reprodução assistida heteróloga.

Segundo Mendes (2006) as pessoas que são favoráveis ao anonimato, sendo na maioria das vezes médicos, cientistas e juristas, indicam através de complexos estudos e pesquisas, que o anonimato traz mais benefícios. Apontam, que sem o sigilo cria-se uma grande dificuldade com as doações de material genético, pois há o risco de se desaparecerem os doadores (o que ocorreu na Suécia) e ainda há o aspecto negativo da inexistência de vínculo afetivo entre o doador e a criança.

O CC/02, de certa maneira, retira a ideia de que aquele que disponibilizou o material genético seja pai da criança, pois a paternidade socioafetiva já é pacificada em nosso ordenamento jurídico, conforme previsão no provimento 63/2017 do CNJ, ficando cristalina a prevalência desta sobre a paternidade biológica. No tocante aos direitos da personalidade, em seu artigo 21¹⁰, o código assegura a proteção à privacidade, pois estabelece que a vida privada da pessoa natural é inviolável.

Importante mencionar que a inviolabilidade da intimidade do doador, também resulta de princípios constitucionais, basilares dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da CF/88.

Portanto, como já exposto acima, a Constituição Federal garante o direito a identidade genética, bem como o direito a intimidade do doador. Dessa forma, surgem diversos argumentos e posicionamentos sobre qual direito fundamental deve prevalecer.

3 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O DIREITO A INTIMIDADE DO DOADOR E O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA.

Os Direitos Fundamentais aqui presentes encontram-se originados no princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, utiliza-se desse princípio para a execução da relativização dos direitos em confronto, e para verificar a possibilidade ou não da relativização de um deles a favor da dignidade da pessoa humana de acordo com o caso específico (PEREIRA, 2015).

¹⁰ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Alexandre de Moraes, define o princípio da dignidade da pessoa humana como:

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. (MORAES, 2004, p. 52)

Portanto, entende-se que a dignidade da pessoa humana é um conjunto de princípios com a função de assegurar que cada cidadão tenha seus direitos respeitados. Observa-se também que, esse princípio se relaciona com valores morais, uma vez que busca garantir que o cidadão seja respeitado pelo Estado em seus valores pessoais.

No que diz respeito a relativização dos princípios fundamentais, Pereira (2015, s.p) entende que:

Na colisão entre direitos fundamentais utiliza-se da ponderação para análise do direito requerido seja ele de direito a identidade genética, ou de proteção a intimidade, utilizando como fonte basilar da análise desse requerimento os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, se busca a possibilidade de minimizar o prejuízo de todos os envolvidos, tendo em vista que nenhum princípio pode se sobrepor ao outro, visando que todos os princípios tem a mesma importância, a relativização será realizada de acordo com a motivação individual para solicitação desse direito.

Dessa forma, entende-se que deve ser observado o caso de forma individual, visto que é essencial entender que o conflito entre os direitos fundamentais é referente à realização da proteção dos direitos individuais de cada indivíduo, impende esmerar que, é imprescindível observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade em cada caso.

Quando há um choque de princípios, sabe-se que não pode desconsiderar um e aplicar o outro, devendo ser observado a análise concreta do caso buscando aplicar a melhor solução por meio de interpretações de todos os princípios e não somente de um deles. (VIANA, 2017)

Embora, ainda não se tenha uma lei regulamentando sobre a relativização desses princípios, já existe um projeto em tramitação aguardando parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), o projeto de lei 1.184

de 2003, que dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida, permitindo aos mesmos de saberem sobre sua identidade biológica.

O STJ demonstrou-se favorável ao direito à identidade genética, sob o fundamento do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Verifique-se:

(...)O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica (...) (BRASIL, STJ, RESP 833712/RS, Relatora Nancy Andrighi, 2007).

Dessa forma, segundo o STJ, entende-se que o cerceamento ao direito de conhecimento da origem genética viola o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que reconhecer o estado de filiação é exercer o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Embora o STJ tenha uma posição favorável ao reconhecimento da identidade genética, ainda não teve a necessidade de se apresentar em um caso concreto como o que está sendo trabalhado no presente artigo, onde tenha que se manifestar a favor do anonimato ou da identidade genética.

Pereira (2015) aduz que, diante aos interesses da pessoa gerada através da inseminação heteróloga, seja possível a relativização do anonimato do doador de sêmen, para que essa conheça suas origens genéticas buscando garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A mesma ainda alega que o fato de ter direito ao conhecimento da identidade genética, não estabelece qualquer obrigação entre doador e a pessoa gerada. Sendo assim, resta demonstrado que não há incompatibilidade entre o direito ao conhecimento da ascendência biológica e a filiação.

Nesse mesmo sentido, entende DIAS (2013, p.370):

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito da personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em

relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica. Essa distinção começou a ser feita principalmente a partir da descoberta dos indicadores genéticos e do acesso ao exame que permite identificar, de forma segura e nada invasiva, a verdade biológica.

Dessa forma, observa-se que a identidade genética não se confunde com filiação, não há o que se falar em discordância entre o direito ao conhecimento da ascendência e a filiação, e sim sobre a relativização do anonimato do doador dos gametas em face dos interesses da criança em saber mais sobre sua origem biológica paterna, diante disso, mesmo que seja consentido o direito ao reconhecimento da origem genética, tal fato não ocasionará a aparição de efeitos jurídicos referente à filiação.

Há muitos autores que defendem o sigilo do doador, como por exemplo, Eduardo de Oliveira Leite (2015 p. 145) que justifica seu posicionamento afirmando que “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação”. Para o autor supracitado, a doação de gametas não gera nenhuma consequência parental, e essa doação é o fundamento do princípio do anonimato.

Entretanto, sabe-se que nenhum princípio é absoluto, e como já mencionado, em um caso de conflitos deve-se observar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

GAMA (2003, p.910) menciona que:

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou a higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro.

À vista disso, ainda que o doador tenha o direito ao anonimato, e mesmo que esse faça parte dos direitos fundamentais, deverá ceder quando afrontar o direito à vida, da qual a garantia é incondicionada e irrestrita.

Em contrapartida, caso a pessoa gerada por inseminação, queira conhecer sua origem genética apenas por curiosidade, sem qualquer motivação relevante, os

doutrinadores vêm se posicionando de que prevalecerá o direito à intimidade, conservando o sigilo do doador (VIANA, 2017).

Diante disso, apesar do direito ao sigilo do doador e o direito ao reconhecimento à origem genética serem tidos como direitos fundamentais, e estarem inteiramente conectados aos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, em um caso de conflito entre eles, é indispensável o equilíbrio e a ponderação de interesses e valores para considerar qual direito prevalecerá.

Lembrando que como mencionado, a identidade genética não se confunde com filiação, dessa forma, a garantia desse direito não anula o direito a inviolabilidade da intimidade do doador, visto que a relativização da intimidade dá o direito a pessoa havida pela inseminação heteróloga somente ao conhecimento de sua origem genética, não havendo garantia de direitos sucessórios e nem de convivência. A relativização dos princípios é somente em busca de solucionar conflitos entre os mesmos e garantir a dignidade da Pessoa Humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, buscou-se inicialmente demonstrar as diferenças entre algumas das técnicas de reprodução assistida, focalizando na diferenciação básica entre a inseminação artificial heteróloga e homóloga, demonstrando o conflito existente advindo da técnica de reprodução heteróloga. Esse conflito é gerado quando o direito a identidade genética conferido a criança havida por inseminação artificial vai de encontro ao direito a intimidade do doador.

Ficou demonstrado que não existe ainda uma lei específica que regule esse conflito de direitos, há apenas um projeto de lei de nº 1.184/2003, regulamentando sobre a reprodução assistida. As jurisprudências se posicionam de forma favorável a identificação da identidade genética, porém não há um posicionamento em um caso concreto com a colisão de direitos que está sendo trabalhada no presente artigo

Dessa forma, como tanto a criança quanto o doador possuem suas garantias resguardados pela CF/88, entende-se que deve ser utilizado como solução imediata a análise do caso concreto, relativizando os direitos fundamentais conforme a

justificação individualizada de cada um. Usando para tanto a razoabilidade e proporcionalidade desses direitos, buscando um bem comum.

Impende esmerar que, não será conferido a criança nenhum direito sucessório, nem a convivência, visto que a identidade genética não se confunde com filiação, e a relativização dos princípios aqui trabalhados é somente em busca de solucionar os conflitos entre os mesmos.

Assim, conclui-se que o direito ao anonimato do doador deverá ceder quando a criança gerada por inseminação artificial necessitar de seus dados genéticos, como por exemplo em caso de doenças hereditárias, afrontando o direito à vida, da qual a garantia é incondicionada. Entretanto, caso a criança gerada por inseminação, queira conhecer sua origem, sem qualquer motivação relevante, o posicionamento é de que prevalecerá o direito à intimidade, conservando o sigilo do doador.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

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

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 5º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AYRES, Nathalie. **Fertilização In Vitro (FIV): O que é, como funciona e custo**. Disponível em: <https://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 08 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 833.712** – RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17 maio 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4>. Acesso em: 24 de mar. de 2019.

BRASIL. **Código Civil**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.PDF. Acesso em: 08 de maio de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento de nº 63/2017**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 02 de nov. de 2019.

COUTO, Cleber. **Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade**. Disponível em: <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/211560163/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

DIAS, Berenice Maria. **Manual de Direito das famílias**. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Edição 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria geral do Direito Civil**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. Editora Saraiva, 2012.

FILHO, Rodrigo da Rosa. **Como funciona o congelamento de embriões por verificação?** Disponível em: <https://www.materprime.com.br/como-funciona-o-congelamento-de-embrioes-por-vitrificacao/>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais – de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRACIANO, Juliane Luiz. **Injeção Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/8735/1/2014JulianeLuizGraciano.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: v.5, direito de família**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica/3>. Acesso em: 05 de out. de 2019.

MAIA, Thais; MUNHOZ, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. **Reprodução assistida**. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas AS, 2004.

MENDES, Patrícia Ferreira. **O direito a identidade genética na reprodução assistida heteróloga**. São José – SC: UNIVALE, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Gabriel%20Crema.pdf>. Acesso em: 12 de out. de 2019.

OLIVEIRA, Rogério Donizetti Campos de. **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-intimidade-e-sua-protecao-baseada-nos-direitos-humanos-no-mundo/>. Acesso em: 12 de out. de 2019.

PEREIRA, Valeria Aparecida da Silva. **O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conflito-entre-o-direito-a-identidade-genetica-e-o-direito-a-intimidade-do-doador-no-contexto-da-reproducao-,54843.html>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

SILVA, Argemiro Cesar do Vale Verde de Lima e. **Os aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62573/os-aspectos-juridicos-da-reproducao-assistida-heterologa>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. Disponível em: <http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaCS/article/view/182/139>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

SOUZA, Marise Cunha De. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 26 de maio de 2019.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berlesi. **O DIREITO DE SABER A NOSSA HISTÓRIA: IDENTIDADE GENÉTICA E DIGNIDADE HUMANA NA CONCEPÇÃO DA BIOCONSTITUIÇÃO**. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/124/123>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

VIANA, Orzil Fabricio. **INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA: O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS AO RECONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E À INTIMIDADE**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-156/inseminacao-artificial-heterologa-o-conflito-entre-os-direitos-ao-reconhecimento-da-origem-genetica-e-a-intimidade/>. Acesso em: 14 de out. de 2019.

WELTER, Belmiro Pedro. **Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 04 de fev. de 2009.