



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONFLITO NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ENTRE O DIREITO À
INTIMIDADE DO DOADOR ANÔNIMO, O DIREITO FUNDAMENTAL DA
CRIANÇA À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO DOS PAIS DE FORMAR
UMA ENTIDADE FAMILIAR: O DESEJO DE SE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA
DEVE SUPLANTAR OS INTERESSES DO CONCEBIDO?

Andressa Vidal de Figueiredo Fortuna

Rio de Janeiro
2017

ANDRESSA VIDAL DE FIGUEIREDO FORTUNA

O CONFLITO NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ENTRE O DIREITO À
INTIMIDADE DO DOADOR ANÔNIMO, O DIREITO FUNDAMENTAL DA
CRIANÇA À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO DOS PAIS DE FORMAR
UMA ENTIDADE FAMILIAR: O DESEJO DE SE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA
DEVE SUPLANTAR OS INTERESSES DO CONCEBIDO?

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O CONFLITO NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR ANÔNIMO, O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO DOS PAIS DE FORMAR UMA ENTIDADE FAMILIAR: O DESEJO DE SE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA DEVE SUPLANTAR OS INTERESSES DO CONCEBIDO?

Andressa Vidal de Figueiredo Fortuna

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela EMERJ.

Resumo – Neste trabalho, será tratada a questão dos problemas que a reprodução assistida heteróloga ocasiona, posto que envolve três direitos fundamentais: o direito à intimidade do doador do material genético, o direito à liberdade de se constituir família e o direito da criança ao conhecimento de sua origem genética, visto ser um elemento que compõe o direito da personalidade. Será ressaltado, ainda, o problema da ausência de uma legislação específica sobre o tema, sendo regulado exclusivamente por resoluções do Conselho Federal de Medicina, que são alteradas constantemente, fato que gera insegurança jurídica. Assim, mostrar-se-á a necessidade de ser feita uma ponderação entre os princípios fundamentais envolvidos.

Palavras-chave – Direito de Família. Filiação. Doador anônimo de sêmen. Direito à Identidade genética.

Sumário – Introdução. 1. O direito ao planejamento familiar, ao anonimato do doador de gametas e à identidade genética da criança. 2. A busca pela origem genética como uma das formas de realização do direito da personalidade. 3. A necessidade da ponderação dos direitos fundamentais envolvidos na reprodução heteróloga e o problema da falta de legislação específica para disciplinar a matéria. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática da reprodução assistida heteróloga e o conflito entre os direitos fundamentais dos envolvidos nesse tipo de procedimento, ou seja, os direitos de constituir família, o do anonimato do doador do material genético e o da criança de saber a sua identidade genética.

No Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu especial proteção a todo tipo familiar, o conceito de família passou por diversas mudanças. Houve um abandono da base patriarcal, constituída por pessoas de sexos diferentes e formada apenas por filhos “legítimos”, que era a antiga denominação para aqueles havidos na constância do casamento entre homem e mulher.

Portanto, atualmente o que caracteriza a união entre duas ou mais pessoas como família é muito mais do que as formalidades exigidas no passado, como o casamento. A visão mais moderna sobre o que é uma entidade familiar é encarada sob a ótica da afetividade. Assim, não há mais apenas um conceito de família, porquanto existem diversas configurações familiares, fato que deixa completamente de lado os padrões do passado.

Dessa forma, para ser família e gozar da devida proteção conferida pelo atual ordenamento jurídico pátrio, não é mais preciso que ela seja constituída por homem e mulher casados e com filhos havidos na constância do casamento, basta haver um vínculo afetivo entre as pessoas e a vontade de ser uma unidade familiar.

Assim, cada um é livre para construir sua própria família da maneira que entender mais conveniente, com base apenas no critério da afetividade e na vontade de formar um vínculo familiar.

A discussão está justamente instalada nessa liberdade de constituir família da maneira que for mais conveniente porque, sob a justificativa do sonho de formar uma entidade familiar, um casal ou até mesmo uma pessoa solteira pode recorrer aos meios modernos da medicina, como é o caso da inseminação heteróloga.

O problema reside no fato de que, nesse tipo de inseminação, não é permitida a revelação da identidade do doador do sêmen, fato que entra em conflito com o direito fundamental da criança de saber a sua identidade genética. Isso nos remete a diversas questões, dentre as quais algumas serão tratadas nos capítulos deste trabalho.

No primeiro capítulo, o foco será no seguinte questionamento: até que ponto o direito ao anonimato do doador deve ser preservado, tendo em vista que isso implica na ofensa do direito da criança à identidade genética? Dessa forma, cada direito fundamental colidente será explicitado e confrontado.

No segundo capítulo serão postas as seguintes perguntas: o desejo de se constituir família deve ser realizado a qualquer custo, a ponto de colocar em risco os interesses da criança? Não estariam os futuros pais, e até mesmo as poucas regras existentes sobre o assunto, mais interessados em seus interesses e deixando de lado quem mais deveria ser protegida em toda essa relação, ou seja, a criança? O objetivo será mostrar que o anonimato da doação de sêmen acarreta diversas consequências negativas para os envolvidos e até mesmo para terceiros, principalmente para a criança, que estará privada do conhecimento da sua ascendência genética.

No terceiro capítulo, o problema suscitado é o atraso do direito brasileiro com relação ao procedimento da reprodução heteróloga e o problema de essa matéria ser tratada somente por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina. Além disso, é levantada a necessidade da ponderação dos interesses envolvidos, uma vez que se tratam de direitos fundamentais.

Para tanto, posições doutrinárias serão abordadas a respeito do tema, de modo a conseguir discuti-lo, fazendo uma ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos e valorizando o melhor interesse da criança. Tudo isso por meio do método hipotético-dedutivo, no qual serão deduzidas hipóteses em que a inseminação heteróloga poderá causar constrangimentos à sociedade, além de ofender os direitos fundamentais da criança. Para que esse objetivo seja alcançado, será utilizada bibliografia pertinente à temática abordada, que serão doutrina e legislação.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR, AO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E À IDENTIDADE GÉTICA DA CRIANÇA

O direito fundamental ao planejamento familiar é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil de 1988, explícito no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88.

Não há como estabelecer um conceito detalhado do que seja dignidade da pessoa humana e, tampouco, elencar todos os direitos fundamentais decorrentes desse princípio, sendo, portanto, uma cláusula geral do ordenamento jurídico, que visa a promover o bem-estar do ser humano.

Com o advento da Constituição de 1988, a pessoa humana passou a ser o ponto principal da tutela do Estado e, dessa forma, ela não seria mais apenas um mero integrante da sociedade, agindo em prol desta, mas sim, um fim em si mesmo, dotada de deveres e direitos indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Com essa mudança de paradigma, as atividades estatais, atualmente, devem estar direcionadas para atender às pessoas, com a finalidade de garantir a sua dignidade. Assim, para Faria¹:

¹ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. A Autonomia da Vontade e Autonomia: Uma Distinção Necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 64.

(...)o Direito volta-se, hoje, para a valorização da pessoa como centro do ordenamento jurídico, devendo o Estado garantir ao ser humano as condições necessárias para o exercício desse poder de autodeterminação, como, por exemplo, as condições materiais mínimas de existência, sem as quais torna-se inviável o exercício da liberdade entendida em seu sentido positivo.

Dessa forma, do princípio da dignidade da pessoa humana surgem vários outros de natureza fundamental, difundidos pelo ordenamento jurídico, e um deles é a liberdade, que está consagrada no artigo 5º da CRFB, mas não em rol exaustivo.

A liberdade se manifesta por diversas formas, gerando vários outros direitos e, dentre eles, está a autodeterminação, que é a possibilidade de a pessoa estabelecer os rumos de sua própria vida. Um desses rumos é o livre planejamento familiar. Dessa forma, o indivíduo pode constituir sua família da maneira que achar mais conveniente, para assim atingir sua realização pessoal.

O referido direito está expresso em âmbito constitucional, no artigo 226, parágrafo 7º da CRFB/88, no qual é afirmado que o planejamento familiar, fundado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, é de livre decisão do casal, sendo vedado ao Estado qualquer forma coercitiva, cabendo a ele apenas propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Importante ressaltar que a referida norma constitucional foi repetida na esfera infraconstitucional, no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, §2º.

Desse modo, nem o Estado e, tampouco, qualquer outra pessoa poderá se imiscuir no âmbito da autonomia da vontade e, conseqüentemente, na escolha do indivíduo na forma que vai conduzir a sua vida familiar.

Assim, a autonomia privada pode ser encarada como a liberdade existente no ordenamento jurídico que o indivíduo dispõe para realizar seus projetos de vida e, assim, conseguir alcançar sua busca pela felicidade, que também é um princípio implícito na Constituição de 1988. Dessa forma, Taisa Maria Macena de Lima² afirma:

O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia privada assume novas dimensões, como a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros.

² LIMA apud Ibidem, p. 63.

No entanto, por diversas razões, muitos casais ou até mesmo pessoas solteiras, não conseguem procriar por métodos naturais. Assim, utilizam-se das modernas técnicas de reprodução que a medicina oferece. Uma delas é a inseminação artificial heteróloga.

Neste trabalho, a discussão se funda nas polêmicas que essa técnica de reprodução acarreta e, portanto, nos ateremos a ela. Assim, de acordo com Fernandes:³

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “*a matre*”, quando o gameta doador for o feminino, “*a patre*”, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Quem doa o material genético para esse tipo de reprodução tem o direito ao sigilo de suas informações genéticas e de sua identidade, ou seja, direito ao anonimato quanto à doação de gametas, fundamentado no Princípio da Inviolabilidade da Intimidade, previsto na CRFB/88 em seu art. 5º, X.

No entanto, mesmo que o doador ou os pais socioafetivos da criança queiram que as identidades dos envolvidos nesse processo de reprodução sejam reveladas, isso não é possível, tendo em vista a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, pois esta afirma ser obrigatório o sigilo do doador e do receptor:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

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

(...)

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

Essa vedação gera a discussão deste trabalho, tendo em vista o conflito dos direitos fundamentais envolvidos.

Segundo Lafer⁴, o direito à intimidade reflete o direito conferido a toda pessoa de “excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

³ FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p.58.

⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arenat*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 239-240.

Assim, de acordo com esse entendimento, caberia somente ao doador a escolha pela disposição dos seus gametas sem que ninguém precisasse saber disso, pois se trata de um assunto ligado à esfera de sua liberdade e de sua intimidade, direito fundamental garantido no artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, o indivíduo deve ter garantido o seu direito de dispor de substâncias do seu corpo, sem que outra pessoa possa se imiscuir em sua intimidade.

Além disso, o sigilo se faz importante para evitar possíveis demandas alimentícias ou de filiação contra o doador, que não tem a intenção de assumir o produto da inseminação heteróloga como filho e, muito menos, ter incumbências econômicas em decorrência disso, sendo, portanto, meramente um ato de generosidade.

Por sua vez, a criança, produto dessa técnica de reprodução, também tem direitos fundamentais formadores de sua personalidade, que devem ser protegidos. Um dos desdobramentos dessa personalidade é o conhecimento da identidade genética.

O direito ao conhecimento da identidade genética não está disciplinado explicitamente na Constituição Federal de 1988 e, tampouco, em leis infraconstitucionais. No entanto, é evidente que ele decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, pois é um dos atributos inerentes a ela.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira⁵:

Saber de onde vem, conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu a nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano, na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação [...].

(...)

Deflagra-se o biológico como o primeiro fator a compor a pessoa humana, que carrega consigo o dado correspondente à herança genética. Portanto, ele é inegável na composição de sua ontologia. O direito ao conhecimento da origem genética, que ora denominamos de fundamental, traz consigo a revelação da memória genética, que pode coincidir – ou não – com a memória familiar, componente indelével da historicidade pessoal.⁶

Como pertencente ao direito da personalidade, a identidade genética é permeada pelo melhor interesse da criança. Saber a origem genética, além de outros benefícios, contribui para proteção da saúde, visto ser de suma importância que o indivíduo saiba o

⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 64

⁶ *Ibidem*, p. 64-65.

histórico de saúde dos seus parentes biológicos próximos para poder evitar possíveis doenças genéticas, contribuindo, assim, para uma vida digna e saudável.

No panorama aqui apresentado, percebemos que há uma nítida colisão entre os direitos fundamentais dos envolvidos no processo de inseminação artificial heteróloga, sendo necessário, portanto, a ponderação desses interesses.

2. A BUSCA PELA ORIGEM GENÉTICA COMO UMA DAS FORMAS DE REALIZAÇÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

É inegável que a família dos dias atuais já não tem mais os mesmos contornos que outrora, podendo-se falar em direito das famílias e não direito de família. Hoje, o que caracteriza a união de duas ou mais pessoas para formar uma família, é muito mais a afetividade do que as formalidades exigidas no passado.

Dessa forma, houve o abandono da base patriarcal, constituída por pessoas de sexos diferentes e formada apenas por filhos “legítimos”, antiga denominação para a prole havida na constância do casamento, com material genético do marido e da mulher. Assim, no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de família passou por diversas mudanças. De acordo com Dias⁷:

As relações familiares são as mais sujeitas a mutações, pois regidas por costumes que se alteram cada vez em maior velocidade. O gradual afastamento da sociedade da moral judaico-cristã rompeu o modelo conservador da família, que dispunha de um perfil patriarcal, hierarquizado, patrimonial, matrimonializado e heterossexual. A revolução feminista, bem como o surgimento dos métodos contraceptivos e de reprodução assistida, produziu profundas alterações na estrutura familiar. O desafio foi abandonar o tradicional conceito de família, identificado exclusivamente com o casamento, e encontrar novos referenciais, para albergar as organizações que se formaram fora do laço da oficialidade. O comprometimento mútuo decorrente de um elo de afetividade levou a doutrina a chamar de família a multiplicidade de vínculos que se identificam pelo afeto.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a Justiça!*: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 12-13.

Na visão de Matos⁸, “a nova família, na verdade, deve ser concebida como novas famílias, pois a dimensão plural dos modelos é uma realidade a ser respeitada e reconhecida”.

É preciso frisar que não foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a mudança da sua concepção ocorreu, ou seja, o constituinte de 1988 não criou um novo conceito. Ele apenas positivou o que já existia no mundo dos fatos, fazendo com que todo tipo de família ficasse protegido.

Portanto, para ser família e ter a devida proteção pelo ordenamento jurídico, não é mais necessário que ela seja constituída por homem e mulher, casados e com filhos havidos na constância dessa união. Basta que haja um vínculo afetivo entre as pessoas e a vontade de ser uma unidade familiar. Dessa forma, cada um é livre para construir sua família da maneira que achar mais conveniente, com base apenas no critério da afetividade.

Na reprodução assistida heteróloga, a vontade de constituir família afeta os direitos do próprio filho que, desde a sua concepção, tem uma parte do seu direito da personalidade tolhido, uma vez que será privado de saber quem foi o doador do seu material genético, tendo em vista que a Resolução nº 2.121/ 2015 do Conselho Federal de Medicina veda a possibilidade de conhecimento do doador, visto que assegura o seu anonimato:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(...)

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

(...)

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).

Essa violação ao direito da personalidade do fruto da reprodução heteróloga é criada deliberadamente pelo seu genitor, uma vez que os próprios pais já estariam colocando a criança em uma condição de privação de um direito fundamental, que seria o conhecimento da sua origem genética, fato que afeta diretamente a sua dignidade humana.

⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk- *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.29.

Além disso, estar-se-ia contrariando outro pilar do ordenamento jurídico pátrio, que é o melhor interesse da criança, uma vez que ela não estaria usufruindo dos seus direitos fundamentais de maneira plena, visto que estaria tendo seu direito à personalidade desenvolvido de maneira deficiente.

Dessa forma, os pais, mais preocupados em satisfazer um desejo pessoal de gerarem uma vida, esquecem que poderão estar negando o exercício pleno do direito da personalidade do próprio filho e não levam em consideração de que o que está em jogo, na verdade, é o melhor interesse da criança e não o dos pais.

A Resolução nº 2.121/2015 do CFM, que trata do assunto, também parece estar mais preocupada com a intimidade do doador do que com o fruto da inseminação, que deveria estar no centro das preocupações e dos direitos tutelados.

A atual Constituição consagra e coloca no centro de todos os objetivos do Estado a Pessoa Humana, e os direitos da personalidade se destinam a realizar a pessoa enquanto ser humano, a conferir individualidade e identidade a ela.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana só será exercida plenamente quando o ser humano tiver satisfeito o seu direito à personalidade, que possui como desdobramento o direito a conhecer a origem genética. Isso permite que o indivíduo possa ter um autoconhecimento maior porque, se não for assim, ele não terá plena ciência de quem é, uma vez que não terá explicações para suas características físicas e psicológicas, decorrentes de herança genética.

Importante destacar que os direitos da personalidade não estão restritos apenas àqueles previstos expressamente em lei e já são inerentes ao indivíduo no momento em que ele nasce. Dessa forma, não há ser humano sem direito à vida, à liberdade, ao nome, à identidade e à integridade física e moral. Sob essa perspectiva, não se poderia negar o acesso à origem genética de uma pessoa, pois esse direito já teria nascido com ela, visto estar diretamente relacionado à composição da sua identidade.

O respeito aos direitos da personalidade é essencial para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada, uma vez que eles são atributos inatos ao indivíduo e integram a pessoa humana, podendo estar ou não disciplinados expressamente no ordenamento jurídico.

Portanto, o conhecimento da origem genética está diretamente relacionado ao direito da personalidade e, segundo Hammerschmidt⁹: “o estudo sobre o genoma humano

⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética e Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 19.

e a conseqüente revelação do mapa genético de nossa espécie constituem um novo marco de referência para o estudo e a própria tutela dos direitos da personalidade”.

A origem genética é integrante do direito da personalidade e, de acordo com Ana Claudia Brandão¹⁰:

Consiste em saber sua origem, sua ancestralidade, suas raízes, de entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, conhecer a bagagem genético-cultural básica. Conhecer sua ascendência é um anseio natural do homem, que busca saber, por suas origens, suas justificativas e seus possíveis destinos. Não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, pela importância enquanto direito de personalidade.

(...)

Na maioria das vezes, pretende-se ter acesso à origem genética por questões psicológicas, pela necessidade de se conhecer. Em certos casos concretos, o fato de não se saber de onde veio, do ponto de vista biológico, pode comprometer a integração psíquica da pessoa¹¹.

Portanto, dar possibilidade de o filho conhecer a verdadeira origem genética é fazer com que ele possa exercer plenamente o direito da personalidade, porque ele terá a oportunidade de buscar nos pais biológicos as explicações para suas dúvidas a respeito de si próprio, que somente são possíveis serem sanadas se a pessoa tiver conhecimentos de seus ascendentes consanguíneos.

Assim, o ser humano poderá entender melhor suas características fenotípicas, temperamentais, dentre vários outros benefícios. De acordo com Wanessa Alpino Bigonha Alvim¹²:

Conhecer a paternidade biológica também significa a valorização do próprio homem. Impedir o aparecimento da verdade genética constitui agressão ao filho pois que se expressa contrariamente ao seu direito de personalidade e identidade.

Enfim, a verdadeira e efetiva proteção dos direitos humanos, objetivo de toda a ordem sócio-jurídica, não se compraz com o confisco do direito da criança e do adolescente em conhecer sua paternidade biológica, que engloba não somente a sua origem genética, mas, representa a possibilidade de construção de laços de afetividade, pedra angular da relação paterno-filial.

Dessa forma, não há como a Resolução nº 2.121/1015 proteger mais o anonimato do doador em detrimento do conhecimento da origem genética, uma vez que esta é um dos desdobramentos do direito da personalidade e sem o qual, a dignidade da pessoa humana é profundamente abalada.

¹⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011. p.133.

¹¹ *Ibidem*, p.134.

¹² ALVIM, Wanessa Alpino Bigonha. O Judiciário como efetivação do direito ao conhecimento da filiação biológica. In: BASTOS. Eliene Ferreira. LUZ. Antônio Fernandes da. *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM, 2006. p. 369.

3. A NECESSIDADE DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA E O PROBLEMA DA FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA DISCIPLINAR A MATÉRIA

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao conhecimento da origem genética, ao planejamento familiar e à intimidade estão no mesmo patamar, ou seja, possuem a qualidade de direitos fundamentais. Por essa razão, gozam da mesma proteção jurídica. No entanto, quando se trata de reprodução assistida heteróloga, eles entram em colisão.

Como são direitos fundamentais, os critérios de resolução de conflitos das normas infraconstitucionais, como o método da especialidade, o da hierarquia e o do silogismo, não são próprios para a solução dos embates entre os princípios constitucionais. Dessa forma, segundo Barroso¹³:

A colisão entre princípios constitucionais decorre(...) do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição(...) Não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.

Direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. O limite dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional.

Assim, é preciso que, diante dos problemas apresentados na reprodução assistida heteróloga, seja feita uma ponderação de interesses, técnica interpretativa apropriada para a resolução de colisões entre os princípios constitucionais:¹⁴

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior- a norma- incide sobre a premissa menor- os fatos-, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma no caso concreto. (...). Esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.

Na ponderação, há a averiguação de qual norma, no caso concreto, deve prevalecer sobre a outra sem, no entanto, suprimi-la por completo. O princípio preponderante apenas

¹³ BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 355-356.

¹⁴ *Ibidem*, p. 357.

irá prevalecer no caso concreto em particular, mas não vai deixar de existir no mundo jurídico. Assim:¹⁵

Será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas- e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Dessa forma, no caso da reprodução assistida heteróloga, devem ser sopesados os direitos fundamentais envolvidos. E, para a ponderação desses direitos fundamentais, é preciso ter como base o princípio norteador de todo o sistema jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, deve prevalecer a norma que mais realize o mencionado princípio, utilizando-se a razoabilidade e a proporcionalidade.

No caso em questão, o direito ao conhecimento da origem genética é o que possui uma maior carga de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que trata da vida do ser humano e da sua identidade. Dessa forma, na ponderação de interesses, é muito mais importante o direito à vida do que o direito à intimidade ou ao à liberdade de se constituir família, uma vez que estamos diante de uma situação de composição do ser humano, ou seja, da construção da sua identidade.

O grande avanço da ciência experimentado nos últimos anos afeta diretamente as relações sociais, modificando conceitos e paradigmas, gerando situações que não foram previstas no ordenamento jurídico, fato que ocasiona dificuldade em uma eventual resolução de conflitos, decorrentes dessas novas tendências.

Outro problema latente na reprodução assistida heteróloga, é o atraso do direito brasileiro com relação a esse tipo de procedimento, uma vez que não há lei específica sobre o assunto. O ideal seria que houvesse um arcabouço legislativo para nortear a situação dos doadores, receptores e dos indivíduos, frutos dessa técnica.

O que há no quadro brasileiro são somente resoluções do Conselho Federal de Medicina e, atualmente, a resolução que rege a matéria em questão é a Resolução n° 2.121/2015 do CFM. Essa resolução limita nitidamente direitos previstos em normas superiores, ao vedar a possibilidade de conhecimento do doador do material genético.

Assim, o direito fundamental da personalidade, implícito na ordem constitucional, está sendo limitado por uma resolução, que é uma norma infralegal. Portanto, essas

¹⁵ Ibidem, p. 359.

limitações não seriam legítimas, uma vez que desrespeitam a hierarquia das normas, que rege o sistema jurídico brasileiro, como podemos perceber no seguinte trecho:

O Brasil possui um sistema normativo complexo que dispõe sobre o sistema da hierarquia das normas, enumerado no art. 59 da Constituição Federal de 1988. De acordo com a disposição determinada pelo mencionado artigo, as regras jurídicas seguem uma disposição de prevalência, de tal modo que as normas de hierarquia inferior não podem conflitar com as normas de hierarquia superior.¹⁶

Por ser regulada exclusivamente por resoluções do Conselho Federal de Medicina e, conseqüentemente, não passando por todo o trâmite legislativo, a modificação dessa matéria se torna mais fácil do que se fosse tratada por leis, fato que gera insegurança jurídica para os envolvidos nesse tipo de procedimento.

No Código Civil Brasileiro de 2002, o único dispositivo que versa sobre a reprodução heteróloga é o art. 1.597. Portanto, é de se perceber a necessidade da modificação desse quadro de carência normativa.

Por conseguinte, é preciso haver a produção de normas que consigam abranger as questões aqui levantadas, para que os conflitos que vierem a surgir possam ter um sólido arcabouço legislativo, podendo, assim, ser dirimidos com maior eficácia e segurança.

Além disso, pelo fato de não haver leis sobre o assunto, a busca pelo direito material, eventualmente lesado nesse tipo de relação, pode ficar prejudicada, uma vez que não há previsão de ações específicas para essas situações.

Por exemplo, não há uma normatização para prever uma ação adequada para o conhecimento da identidade genética, na hipótese de o indivíduo gerado querer conhecer o doador do material genético, utilizado para o seu nascimento. Isso dificulta a busca pelo direito dos envolvidos nesse procedimento.

Diante desse cenário, conclui-se que a atividade legislativa brasileira precisa evoluir e atender à necessidade de se criar uma lei específica para o tratamento da matéria.

Dessa forma, o ordenamento jurídico, deve na medida do possível, acompanhar toda essa alteração comportamental, moral e ética, a fim de servir de base para os problemas que possam advir.

¹⁶MANJINSKI, Everton; MANJINSKI, Geraldo. *Direito Civil: Parte Geral*. Ponta Grossa: versão eletrônica: 2012, p. 19.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi abordado o tema da inseminação artificial heteróloga, que é um tipo de reprodução assistida, no qual há um terceiro, estranho ao casal, que doa os gametas para a fecundação.

O referido procedimento de reprodução gera diversas polêmicas, porque envolve direitos fundamentais que colidem quando diante desse processo. Dessa forma, de um lado há, o direito à intimidade do doador, protegido por Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Assim, quando submetidos a esse método reprodutivo, os envolvidos não podem ter conhecimento da identidade uns dos outros.

Há também o direito à liberdade de se constituir família da maneira que se entender mais conveniente, uma vez que a Constituição Federal protege a autodeterminação e todos os tipos de família.

Ainda existe o direito do principal afetado na reprodução heteróloga: a criança. Esta, com as vedações impostas pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, tem o seu direito à personalidade tolhido, posto que não pode usufruir de uma parte dele, ou seja, é vedado a ela o conhecimento à sua identidade genética, visto que a identidade do doador fica preservada, causando assim, um dano inestimável à sua formação completa como ser humano, porque há um desfalque no conhecimento da sua própria origem biológica.

Chegou-se à conclusão de que, como o direito ao conhecimento da identidade genética se trata de um direito concernente diretamente à existência humana, é ele que deve prevalecer quando estivermos diante da reprodução assistida heteróloga.

Além disso, ressaltou-se a dificuldade de se trabalhar com esse tipo de situação, devido à falta de lei específica sobre o tema. O que há, atualmente, são apenas resoluções do Conselho Federal de medicina, fato que gera insegurança jurídica com relação a todos os envolvidos nesse tipo de tratamento.

Assim, diante da ausência de um regramento próprio da matéria e da magnitude dos direitos envolvidos, afirmou-se ser necessária uma ponderação entre eles, visto serem verdadeiros princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Wanessa Alpino Bigonha. O Judiciário como efetivação do direito ao conhecimento da filiação biológica. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em : 09 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a Justiça!*: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. A autonomia da vontade e autonomia: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Taisa Maria Macena de. 2004, p. 5, *apud* FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. A autonomia da vontade e autonomia: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MANJINSKI, Everton; MANJINSKI, Geraldo. *Direito Civil: parte geral*. Ponta Grossa: versão eletrônica: 2012.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk- *união entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.