

O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

MARCELA NEVES MENDONÇA
Graduanda em Direito da Unifacs

SAMUEL FRÓES CASEMIRO MENDES
Graduando em Direito da Unifacs

Sumário: Introdução; 1.A reprodução humana assistida; 2.O direito ao anonimato do doador; 3. A inseminação artificial heteróloga; 4.Aspectos do contrato de doação de material genético; 5.O direito à identidade genética; 6.Conclusão; 7. Referências

RESUMO: O presente artigo trata do conflito entre o direito à identidade genética proposto pela lei de adoção face o direito ao sigilo da identidade do doador na doação de material genético com fins a inseminação artificial.

1. INTRODUÇÃO

A origem do homem, sua gênese, sua identidade hereditária e a importância a ela atribuída remonta das civilizações mais antigas. A Bíblia (P.01), principal livro cristão, inaugura-se pelo livro intitulado Gêneses, que conta através de narrativas fantásticas a suposta origem humana. No Islamismo, pelo Alcorão (P.243) a referência que se faz de Deus parte sempre de um antepassado: “O Deus de Maomé”. Na tradição oriental, conserva-se como elo com a origem familiar, o altar em honra dos mortos, com fotos e relíquias que homenageiam os predecessores do clã.

Pode-se sem grande dificuldade inferir que todas as sociedades portanto, por mais distantes que sejam suas culturas, costumes, hábitos, tradições, valores e ética, denotam valor as origens do indivíduo.

Esta construção do que seja a origem do indivíduo é que sofreu transformações sensíveis à modernidade. Conhecer a origem significa conhecer a ascendência, é bem verdade, mas foi qualificada por uma possibilidade que apenas os avanços científicos puderam inaugurar: o conhecimento da origem genética.

O direito de conhecer a origem genética está gravado em nosso ordenamento pela nova Lei de Adoção, Lei 12.010 de 2009, na tutela que se faz da identidade, como elemento fundamental da dignidade da pessoa humana. Sem conhecer sua identidade essencial, qual seja sua ascendência e genética, o indivíduo é extirpado de um pedaço de si.

Considerando o teor das novas relações familiares, afetivas e suas multifacetadas nuances, este direito ganha relevância que não pode ser afastada. Se antes, a relação familiar se limitava a uma figura masculina, uma feminina e a presunção da maternidade e paternidade só se rompiam mediante prova cabal, hoje não é o que se passa.

Famílias homossexuais, inseminação artificial, relacionamentos mais “abertos” rompem com uma certa cegueira social existente e revelam que conhecer efetivamente a origem do indivíduo trás relevância prática às inúmeras situações da vida. Cite-se, inicialmente, a necessidade de conhecer a origem genética para a prevenção de doenças hereditárias.

Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen (2008, p. 100) diante deste fenômeno que produz uma parentalidade incerta afirmam:

Não havia como duvidar o quanto ao fato de ser mãe aquela que concebeu, gestou e deu à luz uma determinada criança. Da outra parte, na impossibilidade de se avaliar com certeza quem fosse o pai, adotava-se, em sentido amplo, o princípio do jurisconsulto romano Papiniano: “*Pater vero is est quem nuptiae demonstrat*” (É verdadeiramente pai aquele que as núpcias indicam), citado no seu *De suis et legitimis heredibus* (Sobre os seus e os legítimos herdeiros). Este princípio é um artifício jurídico, por tratar –se de presunção *iuris tantum*.

Esta presunção, pelo que em linhas gerais já descrevemos, não pode prosperar, ante ao extensivo rol de possibilidades de “geração”. Daí urge se verificar como se resolve o choque frontal entre o direito personalíssimo de conhecer sua própria origem genética, com o direito ao anonimato do doador de material genético.

2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A fertilidade é o primeiro critério determinador se um relacionamento será capaz de gerar descendentes de forma natural. O segundo é a saúde física para a manutenção da gravidez até o momento do nascimento da criança. Até poucas décadas, a frustração de um destes fatores conduzia o casal a uma única possibilidade: a adoção.

Atualmente, o panorama é muito mais extenso, quando diversas são as alternativas científicas que buscam efetivar tipos de gravidez dos mais improváveis, por vezes até eticamente duvidosos.

É fato que o avanço tecnológico permitiu que casais desiludidos pudessem ser beneficiados com filhos gerados, senão a partir de suas origens genéticas, ao menos, dentro de seus corpos.

Trataremos portanto, de algumas das espécies de reprodução humana assistida para ilustrar as atuais possibilidades. Para matriz conceitual, o que aqui se considera como reprodução humana assistida é aquela em que, havendo obstáculo para a realização do sonho da maternidade e/ou paternidade pelas vias naturais de fecundação, recorre-se aos aparatos tecnológicos existentes. Oportuniza-se assim a junção de gameta feminino e espermatozoide masculino, não mais no íntimo do organismo humano, mas em manipulação laboratorial, que vem a gerar artificialmente uma nova vida humana.

Maria Helena Diniz (2002, P. 475) sintetiza: “reprodução humana assistida é um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”.

Reguladas pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1358/92, as possibilidades de reprodução humana assistida somente são possíveis em razão do direito fundamental Constitucional e infraconstitucional ao planejamento familiar:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é 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 (CF, art. 226, §7º).

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (CC, art. 1565, §2º).

Por sua vez, o artigo 226 da Constituição Federal foi regulado pela Lei nº 9.263, de 12/01/1996, na qual se infere categoricamente no art. 9º “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Nas lições de José Afonso da Silva (2005, p. 848) a “Constituição Federal não se satisfaz em declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas”. É portanto sobre o olhar deste prisma que finca-se na defesa do direito fundamental que deve-se operar o estudo da reprodução assistida. Obviamente, como todo direito e princípio, jamais poderá ser absoluto e incontestável, devendo ser sopesado ante aos conflitos e aparentes conflitos.

Tendo havido estas breves considerações, pode-se qualificar a reprodução humana assistida pelas seguintes técnicas:

Inseminação Artificial Homóloga: quando o material genético utilizado provem dos próprios pais. Hipótese em que o sêmem do homem que deseja ser pai é coletado para fecundar o óvulo da mulher que deseja ser mãe e que detêm entre si alguma espécie de relacionamento.

Assim descreve Cristina de Castro Morales (2013, P.6): “ A inseminação artificial é a obtenção da fecundação, que é sempre natural, por processos mecânicos e com utilização de recursos médicos, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem que ocorra o ato sexual.

A Inseminação Artificial homóloga diferencia-se da inseminação artificial in vitro pela localização do óvulo no momento da fecundação. Na primeira, o material genético masculino é introduzido através de técnica médicas no útero feminino. Nas segunda hipótese, o óvulo é retirado e a fecundação acontece fora do corpo da mulher, sendo posteriormente introduzido.(HRYNIEWICZ E SAUWEN, 2008, P. 88 E 89)

Inseminação Artificial Heteróloga é quando o material genético de um terceiro, externo à relação familiar é introduzido através da doação de um gameta (espermatozoide ou óvulo). Aqui, um dos futuros genitores é infértil ou possui algum problema de saúde incapaz de levar a termo a gestação. A possibilidade é legal e lícita no Brasil desde que não seja onerosa. Neste caso, diversas são as possibilidades das quais citamos de maneira ilustrativa:

1. Utilização do esperma doado por um anônimo que fecundará o óvulo da mãe que será gestado em seu próprio útero.
2. Utilização do esperma do pai, com o óvulo de uma doadora para gestação no útero da mãe gestante.

3. Utilização do material genético do pai doador, óvulo da mãe doadora e gestação no útero de uma terceira mulher.

O desafio é orquestrar o direito fundamental ao conhecimento da própria origem pelo indivíduo, em face do anonimato que é garantido ao doador como regra essencial nas reproduções humanas assistidas. Especialmente, pela existência da Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, que impõe que este anonimato jamais poderia ser quebrado. O direito do doador e do filho gerado chocam-se e é neste panorama que se debruça este trabalho.

3- O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

O Conselho Federal de Medicina elaborou uma resolução que prevê o anonimato do doador de material genético e, desde então, tal norma vem sendo aplicada, de forma absoluta, suprimindo o direito à identidade genética.

O artigo 2 do capítulo IV da RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 estabelece que "os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa". No artigo 3, dando continuidade ao tema, encontramos a obrigação de manter 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.

A mesma preocupação levou ao conteúdo do artigo 7 da Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos onde se lê que "quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei".

Entretanto, embora previsto na resolução do Conselho Federal de Medicina e na Declaração sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, o legislador brasileiro nunca abordou a questão do direito ao anonimato do doador.

O problema envolvendo o anonimato do doador de material genético surge quando entende-se que caracteriza uma ramificação do direito à intimidade. Entretanto, Dirley da Cunha Júnior (2011, p.701) coloca que "a intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho".

Em seguida, esse mesmo doutrinador (2011, p. 701) prossegue afirmando que a intimidade é "o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções".

Nessa linha de pensamento, o anonimato do doador de gametas não estaria incluso na intimidade pelo fato de envolver o interesse de outro indivíduo, diretamente vinculado ao seu material genético; não é um fato da vida secreta do doador, mas um direito daquele que nasce da reprodução artificial.

O receio de ter que assumir a paternidade de uma criança proveniente de um material genético doado, e todas as obrigações dela decorrentes, foi o principal motivo que levou o Conselho Federal de Medicina a editar a resolução que prevê o anonimato do doador como obrigação.

Não é questão de garantir a intimidade, o problema é o medo de um processo de reconhecimento de paternidade, incompatível com a doação de gametas para a inseminação artificial heteróloga.

4- A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

A inseminação artificial heteróloga consiste na técnica de reprodução assistida em que, geralmente, não existindo ou sendo constatada a esterilidade do companheiro, resta caracterizada a necessidade de utilizar-se do material

genético de um terceiro doador previamente depositado em um banco de gametas.

Essa necessidade também pode ocorrer no caso de incompatibilidade sanguínea entre o casal, quando for caso de relação homoafetiva ou quando houver a infertilidade da mulher.

A inseminação artificial homóloga difere da inseminação artificial heteróloga; na primeira, a inseminação se dá com a colheita do material genético do marido ou companheiro e a posterior introdução no corpo da mulher para que haja a fecundação.

Portanto, diferente do que ocorre na inseminação artificial heteróloga, na homóloga, a paternidade biológica e a sócioafetiva concentram-se em uma única pessoa.

O art. 1.597, V, do Código Civil de 2002 estabelece que os filhos serão presumidos "concebidos na constância do casamento" quando "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

O referido artigo aponta a necessidade de "prévia autorização do marido", pois ele deve estar de acordo com o procedimento que resultará em uma vida que, para efeitos legais, será seu filho, sem nenhuma discriminação.

Importa salientar que, mesmo que o artigo aborde apenas a existência de casamento, por analogia, deve ser aplicado à união estável.

A sócio-afetividade, uma tendência em nossa jurisprudência, fundamenta a inseminação artificial heteróloga. O pai deixa de ser aquele que, apenas, contribui biologicamente para a formação da vida de outrem; a paternidade sócio-afetiva prevalece frente à paternidade biológica, pautada no vínculo sanguíneo, privilegiando o afeto existente no curso da convivência familiar.

A inseminação artificial heteróloga apenas deixa o doador com o mesmo material genético, o critério consanguíneo, que a pessoa gerada. O parentesco por afinidade e o parentesco civil são afastados, por isso não haverá paternidade.

É o caso de uma ficção jurídica. Embora exista a paternidade natural, o legislador, com base na afinidade entre as partes, afasta essa possibilidade. Dessa forma, havendo marido ou parceiro, o consentimento prévio do mesmo, será suficiente para vincular a afinidade ao interesse de ter o filho, aproximando do que ocorre na gravidez natural; assim, o marido ou companheiro, será o pai da criança concebida.

O legislador brasileiro, possibilitando a reprodução artificial através da inseminação artificial heteróloga, criou o parentesco civil efetivado no material genético.

Desta forma, Veloso citando Guilherme de Oliveira, diz que esse fez

[...] interessante observação ao destacar que a tecnologia ocidental encontrou na inseminação heteróloga um meio de resolver o problema da esterilidade do marido sem ofender a tradição da fidelidade judaico-cristã e respeitar a intimidade da família conjugal moderna (VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997-152.

5. ASPECTOS DO CONTRATO DE DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO

É a resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina que regula aspectos práticos e legais da doação de material genético.

Eles estão definidos no título IV da Resolução e preceituam e dos quais destacamos:

“1.- A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.”

Busca-se com isso impulsionar o altruísmo do doador e inibir a formação de uma indústria de material genético, que comercialize a potência da vida

Humana. Uma das maneiras que o legislador prevê para efetivar este aspecto gratuito é , quando das doações identificadas, proibir a doação de gameta fora de um vínculo de parentesco ou comprovada amizade.

A própria Constituição Federal, fez da gratuidade um imperativo ao tratar do acesso a saúde no art. 199, § 4º, prega que:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
[...]

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização.(grifos nossos)**

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

Entende-se que o doador não tem para com aquele que foi gerado nenhum vínculo de parentalidade. Isto por dois motivos preponderantes: Prestigiar a parentalidade por afetividade e preservando o doador em sua identidade impedir uma possível ação em torno da sucessão ou responsabilidade. Em linhas gerais, o doador é isento de responsabilidade ante a prole gerada com seu material genético.

“3 - 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.”

O direito a conhecer as suas origens, inclusive genética, não inclui um rompimento total com o sigilo que é garantido ao doador. Desta forma, poderá o indivíduo gerado por reprodução assistida requerer a quebra do sigilo, mas com limites. Aqui se vê em choque dois direitos fundamentais. O sigilo do doador e o direito de conhecimento da origem daquele que foi gerado. O exercício de um, estará intimamente relacionado a limitação que o outro impõe.

Em regra, contudo, deve-se observar o sigilo do doador, em atenção ao seu ato de altruísmo e casuisticamente resolver o interesse/necessidade do indivíduo gerado.

6- O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Todo ser humano possui o direito de conhecer sua origem genética. Esse é um direito personalíssimo e que, portanto, não pode ser suprimido pelos pais, mediante um contrato.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL.1990, Art.27) estabelece que "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".

O direito à identidade genética é conceituado por Selma Petterle (2007, p.111) como

[...] um direito de personalidade que busca salvaguardar o bem jurídico-fundamental "identidade genética", uma das manifestações essenciais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade. Assim, quando a doutrina faz referência a um direito fundamental à identidade genética, pretende salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal, esta em constante construção, no âmbito das relações interpessoais.

O direito à identidade genética confere ao indivíduo a possibilidade de saber de onde ele veio, quem são seus pais biológicos. Entretanto, isso não implica obrigações para o doador do material genético e não o coloca como pai da criança, pois não gera direito à filiação. Constitui um direito que o ser humano tem sobre si mesmo, ninguém, além do próprio homem, poderia

exercê-lo; é importante frisar que, em algumas hipóteses, nem mesmo sua autorização poderia suprimi-lo, a exemplo do direito à vida.

A Constituição Federal de 1988 não aborda esse direito e nem poderia, pois ela é anterior à possibilidade de realizar-se exames laboratoriais que pudessem identificar um sujeito com base em seu material genético. Além disso, novos direitos podem surgir em prol da necessidade de resguardar o ser humano diante das ameaças resultantes dos avanços científicos.

O Poder Constituinte Originário, percebendo a mutabilidade típica de qualquer sociedade, entendeu que os direitos da personalidade não constituem um rol taxativo, mas um rol exemplificativo. Nesse sentido, o § 2º, artigo 5º da Constituição estabelece que

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Pode-se constatar que a Carta Magna não trouxe, expressamente, o direito à identidade genética, mas possibilita que novos direitos sejam originados pelos princípios constitucionais.

Fundamentado nessa possibilidade, o direito à identidade genética nasce do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL. 1988. Art. 5º,III, CF). Nesse sentido, Petterle (2007, pp. 92-93) leciona que

[...] é possível, inicialmente, construir os contornos do direito à identidade genética – como direito fundamental implícito na ordem jurídico constitucional brasileira – especialmente à partir do princípio da dignidade da pessoa humana [...] e do direito fundamental à vida, isso no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, como cláusula geral implícita que tutela todas as manifestações essenciais da personalidade humana. A identidade genética da pessoa humana, base biológica da identidade pessoal, é uma

dessas manifestações essenciais da complexa personalidade humana.

Um direito da personalidade, portanto, inerente a todas as pessoas humanas e absoluto, oponível contra todos. Indisponível, imprescritível, extrapatrimonial e acompanha a pessoa desde o nascimento até a sua morte, pois é um direito vitalício.

Diante das características supracitadas, pode-se constatar que os pais não podem dispor do direito à identidade genética dos filhos. Além disso, o direito à identidade genética não resulta, necessariamente, em obrigações por parte dos pais biológicos.

7- CONCLUSÃO

Os questionamentos a respeito da nossa vida nos levam a procurar nossa origem quando ela é desconhecida. Não há como negar isso ao ser humano, sob pena de causar danos psicológicos, pois é na infância que formamos nossa personalidade.

Não obstante, existe uma necessidade prática no conhecimento da origem biológica, considerando os diversos avanços científicos. A identificação e prevenção no tratamento de doenças hereditárias só pode ser oportunizada ao indivíduo em diversas situações, quando conhecida a sua origem genética. Negar este conhecimento ao indivíduo fruto da inseminação artificial heteróloga é despir-lhe de um pedaço de si, de um conteúdo informativo que lhe é intrínseco e inalienável.

O conflito entre o direito fundamental à identidade genética e o direito fundamental à intimidade do doador é aparente, pois o conhecimento da identidade do pai biológico não caracteriza desconstituição da paternidade socioafetiva. Mesmo quando não houver paternidade socioafetiva, a revelação da identidade do doador do material genético utilizado não gerará filiação civil, inexistindo obrigações legais.

Não há incidência do direito fundamental à intimidade, pois o interesse não é particular, não abrange a esfera íntima do doador de material genético; o interesse é compartilhado, incide diretamente na vida da pessoa que foi gerada com base no código genético doado.

Embora o doador não possua parentesco civil para com a criança, oriunda da inseminação artificial ou da adoção, o fruto da inseminação possui o direito de conhecer sua origem, se assim o desejar.

A inseminação artificial heteróloga abre espaço para diversas perguntas que não podem ser sanadas através das normas encontradas em nosso ordenamento jurídico, restando caracterizada a necessidade de que leis sejam elaboradas. Essa necessidade vem sendo sanada, apenas, na aplicação dos princípios constitucionais, deixando espaço para diversas posições distintas que acabam por gerar uma insegurança jurídica.

O direito à identidade genética, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se frente ao direito ao anonimato do doador, previsto como uma diretriz, cuja aplicabilidade ainda estaria condicionada à uma lei local, conforme Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos e a um direito conforme uma resolução do Conselho Federal de Medicina; mas que não encontra sua existência fundamentada no texto constitucional ou em legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Resolução 1358 do Conselho Federal de Medicina, 1992.

BRASIL. Lei de Adoção. 12.010 de 2009.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF; Senado Federal, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 475.

HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2008.

JÚNIOR, Dyrlei da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodium, 2011.

MORALES, Cristina de Castro, **O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida**.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 848.

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