

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**O EMBATE ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE
DO DIREITO AO ANONIMATO DE DOADOR DE GAMETAS NA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

FELIPE DYELSO PEREIRA DE LYRA

CARUARU

2020

FELIPE DYELSO PEREIRA DE LYRA

**O EMBATE ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE
DO DIREITO AO ANONIMATO DE DOADOR DE GAMETAS NA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Artigo Científico submetido ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces–Unita), como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Professora MSc. Renata de Lima Pereira.

CARUARU

2020

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tratar da oposição entre o direito de acesso à identidade genética em face do direito ao anonimato de doador de gametas na Reprodução Humana assistida. Tendo em vista a ausência legislativa para disciplinar o tema, o presente trabalho, de natureza bibliográfica, visa demonstrar a importância da elaboração de lei que discipline o tema para conceder e reconhecer o direito fundamental do ser humano de saber a sua ascendência genética. Para tanto, ao longo do estudo foram feitas análises sobre as repercussões do direito fundamental do ser humano de optar pela reprodução, do papel do Estado como garantidor do exercício desse direito, além da exposição dos tipos e das técnicas de Reprodução humana existentes, com enfoque na modalidade heteróloga. Propôs-se, ainda, a analisar os pontos de defesa do direito fundamental de conhecer a própria origem genética, com fundamento na análise da filiação socioafetiva e na equiparação com o instituto da adoção, em contrapartida ao direito fundamental da intimidade que é conferido pela Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, quando prevê que deve ser resguardado aos doadores e aos receptores dos gametas o sigilo sobre suas identidades no procedimento da Reprodução Humana Assistida. A vista da flexibilização desses direitos, percebe-se a necessidade de tratar o assunto com urgência da elaboração de lei que confira ao filho gerado artificialmente o seu direito de conhecer sua árvore genealógica, a história dos seus antepassados, sem que isso, necessariamente, interfira na filiação socioafetiva, já que a revelação da identidade, tal qual como na adoção, teria apenas o cunho do conhecimento da ascendência genética. A vista do esposado, destaque-se a importância para a construção do trabalho da análise doutrinária, de leis brasileiras e estrangeiras, de decisões judiciais, bem como de artigos científicos aqui mencionados. O método qualitativo foi o escolhido para desenvolver o estudo quanto ao tema, objeto de opiniões controversas e de grande importância jurídica ante a realidade fática da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Direito à identidade genética. Direito à intimidade do doador de gametas. Reprodução Humana Assistida heteróloga. Filiação socioafetiva.

ABSTRACT

This work aims to address the opposition between the right of access to genetic identity in conflict with the right to anonymity of gamete donors in assisted human reproduction. Given the legislative absence to discipline the topic, the present work, of a bibliographic nature, aims to demonstrate the importance of drafting a law that disciplines the topic to grant and recognize the fundamental right of human beings to know their genetic ancestry. Therefore, throughout the study, the analysis was made of the fundamental rights of human beings to choose reproduction, of the role of State as a guarantor of this right, in addition to exposing the types of existing human reproduction techniques, focusing on heterologous modality. It was also proposed to analyze the points of defense of the fundamental directory of knowing one's genetic origin, based on the analysis of socio-affective affiliation and par with the adoption institute, in contrast to the right of intimacy that is provided by Resolution 2168/2017 of the Federal Council of Medicine, when it provides that the gametes' donors and recipients must be kept confidential about their identities in the assisted human reproduction procedure. To make these rights more flexible, there is a need to deal with the matter urgently in the drafting of a law that gives the artificially generated child his right to know his family tree, the history of his ancestors, without this necessarily interfering in social-affective affiliation, since the disclosure of identity, just as in adoption, would only have the stamp of knowledge of genetic ancestry. Given the above, are highlighted the importance of constructing the work of doctrinal analysis, of Brazilian and foreign laws, of judicial decisions, as well as scientific articles mentioned in this work. The qualitative method was chosen to develop the study on the subject, the object of controversial opinions, and great legal importance in the view of the factual reality of Brazilian society.

Key-words: Law to genetic identity. Law to privacy of the gamete donor. Heterologous Assisted Human Reproduction. socio-affective affiliation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	8
1.1. O direito à reprodução humana assistida como direito fundamental	8
1.2. As principais técnicas aplicáveis e a repercussão no campo jurídico.....	11
2. O DIREITO AO ANONIMATO DE DOAÇÃO DE GAMETAS E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA	16
2.1 O Direito à identidade genética sob o prisma dos direitos da personalidade ...	16
2.2 Direito ao anonimato do doador de gametas	19
3. O EMBATE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O CONFLITO JURÍDICO	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	30

INTRODUÇÃO

Com o notório avanço alcançado pela biotecnologia neste século, tornou-se possível – através de técnicas de inseminação artificial destinadas à reprodução humana assistida, que visam garantir a fecundação – a realização do sonho de muitas mulheres que têm o desejo de se tornarem mães, principalmente aquelas que apresentam dificuldade para reproduzir de forma natural. Nesse cenário, algumas pessoas se dispõem a doar gametas aos bancos de coletas disponíveis para viabilizar o processo, sob a condição da ausência de vínculo com a criança gerada com o material genético coletado. Eis que, a partir da tese de preservação do anonimato dos doadores e receptores, surge uma problemática que incide diretamente sobre os direitos da dignidade da pessoa humana, bem como sobre os direitos de família: na reprodução humana heteróloga, deve prevalecer o direito fundamental do ser humano de ter conhecimento sobre a sua identidade genética, ou o direito fundamental de preservação da identidade, que preza pelo anonimato dos doadores e receptores? A celeuma, no Brasil, se amplifica ainda mais pela ausência de lei para regulamentar o tema, o que causa interpretações díspares e certa insegurança jurídica no campo do direito bioético, do direito de família e constitucional.

Assim sendo, a presente pesquisa científica, de natureza bibliográfica, analisará quais são as possíveis soluções para esse conflito entre o direito de a pessoa conhecer sua própria identidade genética, em contraposição ao resguardo do anonimato do doador de gametas, demonstrando, desta forma, a importância da elaboração de lei que discipline o tema.

Para atingir o propósito a que se propõe, o trabalho se dividirá em três seções. A seção um se comprometerá a avaliar a reprodução humana artificial como um direito fundamental, apontando os mais diversos conceitos doutrinários sobre o tema, as principais técnicas aplicáveis que existem, sobretudo a inseminação artificial heteróloga.

Já a seção dois, terá o cunho de abordar os aspectos jurídicos que norteiam o direito à identidade genética, bem como os que norteiam o direito ao anonimato do doador de gametas, em conjunto com o elemento da ausência do interesse de vínculo entre o doador, a gestante e a criança, avaliando, por fim, os mais diversos tipos e

repercussões da filiação e os direitos constitucionais que embasam os dois direitos em discussão.

Por fim, a seção três tratará da colisão entre o direito à identidade genética em face ao direito do doador anônimo de gametas, com a proposição de possíveis soluções, partindo, também, da análise do direito internacional comparado e a ausência legislativa do Brasil sobre o tema.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de uma abordagem qualitativa e dedutiva para chegar às conclusões das melhores soluções para o embate jurídico, em que foi feita uma análise a partir de princípios do Direito Constitucional e de Família, bem como uma análise doutrinária acerca de conceitos e finalidades da reprodução humana assistida, tomando como base a Resolução do 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina e o que tem sido julgado sobre o tema.

1. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

1.1. O direito à reprodução humana assistida como direito fundamental

A reprodução é uma das etapas mais comuns na vida dos seres vivos, uma vez que é vital para continuação das espécies; e, no caso dos seres humanos, trata-se do pontapé inicial para uma vasta gama de direitos constitucionalmente previstos, e até mesmo para direitos não positivados, mas que pressupõe existência.

Nesta senda, insere-se o direito reprodutivo, que, apesar de não ter sido consagrado diretamente na Constituição Federal, não se pode olvidar de sua existência, que surge até mesmo como extensão ao direito da liberdade, da dignidade, e até mesmo como exploração da sexualidade feminina, inerente condição de democracia moderna instituída nas últimas décadas.

Seguindo esses mesmos princípios, Clair Castilhos (2016, s.p) conceitua o referido instituto jurídico:

DIREITOS REPRODUTIVOS são os direitos das mulheres de regular sua própria sexualidade e capacidade reprodutiva, bem como de exigir que os homens assumam responsabilidades pelas consequências do exercício de sua própria sexualidade. A abrangência desse conceito envolve a contracepção, esterilização, aborto, concepção e assistência à saúde. Além do mais é visto na perspectiva dos direitos humanos ampliando o seu sentido e retirando a função da reprodução da esfera privada, avançando para além do planejamento familiar, ou seja, sai do âmbito meramente familiar e passa a se localizar no espaço da sociedade como um todo.

Tamanha é a relevância do direito reprodutivo na sociedade que alguns doutrinadores, inclusive, defendem que a própria Constituição, fundada nos princípios da dignidade e da paternidade, tenha reconhecido, de forma indireta, o direito de procriação como um direito fundamental, conforme pode ser extraído do artigo 226, § 7º, da Constituição Federal Brasileira, que preleciona:

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

De fato, o direito reprodutivo deve ser entendido como um direito socialmente aceito e garantido pelas normas legais, cuja a condição é análoga à livre decisão do casal de procriar e de estabelecer os parâmetros próprios do planejamento familiar, sendo função do Estado tão somente garantir o exercício dessa liberdade consoante o acesso à saúde pública e à cidadania.

Ao menos assim também considera Maria Helena Diniz (2017, p.168), que assevera:

As normas de tutela à maternidade, que é um direito social garantido constitucionalmente, são imprescindíveis em atenção à função biológica e perpetuação da espécie humana, de modo a que a mulher possa ter condições favoráveis para tanto e para não perder os efeitos de sua faculdade procriadora, evitando os possíveis riscos que ameacem sua saúde e o desenvolvimento da gestação e da criança, dando-lhe toda a proteção durante a gravidez, o parto e a amamentação.

Assim sendo, entende-se facilmente que o direito reprodutivo advém do próprio exercício da liberdade da pessoa humana. A Constituição estabelece como princípio norteador a livre disposição de planejamento familiar para os casais, sendo coibido ao Estado intervir nas esferas privadas da família.

À vista desse pensamento, completa a doutrina, com críticas diretas às políticas de intervencionismo no planejamento familiar adotadas por alguns países, especificamente a China (Maria Brauner, 2003, s.p):

Seguindo essa linha de argumento, enfatiza-se que o direito de gerar revela o direito à intimidade e à auto-determinação das pessoas, não podendo ser cerceado ou limitado, como acontece em certos países, como a China. (...) Um Estado que impõe uma política de reprodução humana tolhe o direito inalienável das pessoas em ter filhos, viola o direito de seus cidadãos quando os impede de gerar, ou, quando impõe um número restrito para a prole.

É notório que o direito de procriação funciona como extensão de outros direitos constitucionais fundamentais, tendo representação similar e até mesmo frente à consolidação da democracia social propriamente dita, devendo assim ser compreendido e preservado, conforme são protegidos outros direitos de tamanha importância.

Entretanto, apesar de o direito à liberdade e ao planejamento familiar garantir o direito da escolha sobre a procriação, nem todas as pessoas conseguem se reproduzir de forma natural, devido à condição de esterilidade – que pode advir tanto homem como da mulher, ou mesmo da condição de ambos.

Diante disso, antes dos avanços biotecnológicos, muitos casais recorriam à adoção como alternativa para realizar o sonho de constituir uma família, o que nem sempre satisfaz o desejo de filiação, que muitas vezes envolve também o desejo de vivenciar o processo da gravidez como um todo; motivo pelo qual, portanto, torna-se legítimo que seja disponibilizado o maior número técnicas biotecnológicas possíveis, a fim de viabilizar o processo reprodutivo a todas as mulheres.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, aponta Livia Silva (2017, p. 09):

A garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres baseasse na premissa de que estas devem poder tomar decisões sobre, sua sexualidade, saúde reprodutiva, fertilidade e se e quando querem gestar uma criança; sendo necessário que lhe seja disponibilizado os recursos tecnológicos e humanos indispensáveis para efetivação de seus direitos em uma perspectiva de transformação social, humana e emancipatória.

A respeito da evolução biotecnológica, durante muitos anos se discutiu na comunidade científica, nos seios sociais, e principalmente nos seios religiosos, se seria ética a reprodução humana artificial, haja vista a tendência do homem de extrapolar cada vez mais os limites dos processos naturais da vida.

É por conta disso, inclusive, que o direito reprodutivo, assim como todo e qualquer direito fundamental, também não deve ser encarado como um direito absoluto. No caso da reprodução humana artificial, obviamente que o processo deve se ater aos limites da saúde da paciente com a prole, e vice-versa; não devendo, também, servir a criança para interesses maiores, como criação de seres humanos geneticamente modificados, as chamadas crianças robôs, ou mesmo a utilização do bebê proveta para suportar a saúde de outra pessoa.

Nesse diapasão, afirma a doutrina sobre os limites às tecnologias que envolvem a reprodução humana assistida (Juliana Sarmento, 2020, p. 271):

As populações do século XXI exigem certo dinamismo e urgência em certas condutas e respostas. Não se defende aqui, porém, o uso indiscriminado e incontrolável das tecnologias. Pelo contrário, entendemos que tudo que promove o bem-estar, dentro dos limites legais e da preservação de toda conquista dos seres humanos ao longo da história, deve ser discutido, elucidado, adotado e, eventualmente, proibido, se for o caso.

No entanto, não se pode negar que quando o direito à reprodução humana assistida é exercido dentro dos limites éticos e jurídicos, propicia muitos benefícios à sociedade. A sua existência permite a muitos casais, ou até mesmo a mães e pais solteiros que têm o desejo e sonho de infância de constituir uma família, o exercício da procriação sanguínea.

A vista deste prisma, pontua Giana Sartori (2015, p. 111):

(...) Em um estado constitucional democrático, no qual a Constituição é chave mestra e contempla os Direitos Humanos com os valores correspondentes legitimados por um processo democrático, é possível afirmar que o direito à saúde reprodutiva, no que diz respeito ao acesso às técnicas de Reprodução Humana Assistida encontra amparo e proteção.

Desse modo, considerando que as técnicas de reprodução humana artificial dão suporte para que as pessoas possam gerar filhos e, como o direito reprodutivo é assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio, em conjunto com o princípio da

liberdade, compreende-se que a reprodução assistida, de igual modo, também deve ser encarada como um direito legalmente tutelado e protegido sob a rege constitucional; de forma que, inclusive, a manipulação de gametas em laboratório, desde que feita dentre os limites bioéticos, torna-se meio legítimo e alternativo para consumação da reprodução.

1.2 As principais técnicas aplicáveis e a repercussão no campo jurídico

A procriação humana assistida pode ser definida como o conjunto de técnicas médicas que visam promover – ou ao menos a potencializar as chances – a ocorrência da gestação na mulher, independente de ato sexual, sendo utilizada, sobretudo, por casais e pessoas que têm dificuldade de engravidar pelo ato sexual.

Nesse sentido, de acordo com a doutrina: “A reprodução humana assistida é o conjunto de determinadas técnicas médicas que proporciona a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais, possibilitando, assim, a geração de um novo ser humano” (Travnik, 2014, s.p).

Entende-se, desta forma, que o processo de procriação humana artificial envolve processos e técnicas médicas diversas de fundamental importância para compreender mais a fundo o estudo do presente trabalho. Nesse parâmetro, dentre as mais utilizadas pelos médicos, existem quatro tipos de técnicas, quais sejam: inseminação intrauterina (IIU); fertilização *in vitro* (FIV); injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICIS); transferência de embrião congelado (TEC).

Na inseminação intrauterina (IIU), o gameta do homem é introduzido diretamente no corpo da mulher através de um cateter, que propicia a fecundação natural. “Este método consiste em depositar os espermatozoides capacitados em laboratório, seja ele do parceiro ou doador no útero, utilizando um cateter sem anestesia ou internamento” (Ednara de Avelar, 2008, p. 269).

Por outro lado, existe a fertilização *in vitro* (FIV), que, de acordo com Carlos de Moraes (2018, p. 75):

(...) a fertilização *in vitro*, diferentemente da fecundação natural, ocorre fora do corpo materno, na “caixa de Petri”, e depois o embrião é transferido para o útero da receptora – ou seja, a vida humana tem origem em um laboratório. A reprodução humana por meio dessa técnica possibilita a fecundação do óvulo pelo espermatozoide sem que ocorra a relação sexual.

Quanto à injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), esta é uma técnica de reprodução assistida na qual a fertilização também ocorre *in vitro*, com a diferença de que faz uso de micro manipuladores que são inseridos no útero da mulher por meio de injeção.

Afirma a doutrina (Katia Souza; Oslânia Alves 2016, p.32):

Este procedimento (ICIS) é indicado para casais cujo homem tenha uma quantidade pequena ou nula de espermatozóides, ou quando existe algum problemas de motilidade dos gametas, pacientes que tenham feito vasectomia e não seja possível a reversão e alguns homens que sofreram traumas na medula que tenha ocasionado problemas de ereção e ejaculação.

Por fim, também há a opção de efetivar o procedimento por meio da técnica de transferência de embrião congelado (TEC), que é a considerada técnica com maior taxa de exatidão e a mais indicada a casais inférteis. É como assevera Taciana Fontes (2018, s.p): “Atualmente, com o avanço das técnicas de congelamento, os danos ao embrião foram minimizados, tornando-se praticamente inexpressivos. Dessa forma, o freeze-all passou a ser opção aos casais com falhas de implantação por alteração endometrial.”

A respeito dos procedimentos esposados, fica notório que a escolha da técnica ideal constitui ato de fundamental importância à efetividade da reprodução artificial, tanto para aumentar as chances da gravidez, como também para garantir a segurança da saúde da paciente e do feto. Observe-se, nesse sentido, que a técnica ideal sempre é indicada pelo médico que acompanha a paciente durante o procedimento, levando-se em consideração os mais diversos aspectos genéticos, da condição de saúde dos envolvidos com a prole, e até mesmo a viabilidade financeira.

De outra borda, com relação ao que está posto no campo jurídico, o Código Civil Brasileiro de 2002 prevê duas formas de reprodução humana assistida: homóloga e heteróloga.

De acordo com Cleber Couto (2015, s.p) a reprodução humana assistida homóloga é: “aquela em que é usado somente o material biológico dos pais - pacientes das técnicas de reprodução assistida. Não há a doação por terceiro anônimo de material biológico (espermatozoide, óvulo ou embrião)”.

Notoriamente, esse tipo de reprodução não causa grandes repercussões para o mundo jurídico, haja vista que o material genético coletado para a procriação da criança é retirado dos próprios pais, devendo apenas ter a autorização de ambos para a realização do procedimento.

Inclusive, havendo a autorização expressa, a inseminação homóloga pode ser realizada até mesmo após a morte do doador de espermatozóide, utilizando-se do material biológico preservado.

É como dispõe o Código Civil, que determina, em seu artigo 1597, III:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Em contrapartida, a reprodução humana artificial heteróloga ocorre quando há, no processo de reprodução humana assistida, material genético pertencente a terceiro doador anônimo. Para tanto, existem três possibilidades: o óvulo da mulher ser fecundado com terceiro doador anônimo; o sêmen do homem ser fecundado com o óvulo de uma doadora; o processo de fecundação ser realizado com material genético de dois doadores anônimos.

Nesse ponto, explica Novak Berek (2014, p. 891):

Quando os gametas e a capacidade de gestar estão comprometidos por dificuldade ou por doença, podem-se cogitar outras opções reprodutivas, as quais incluem doação de espermatozoides, doação de oócitos, doação de embriões, gestação de substituição ou uma combinação desses métodos.

Além disso, para efetivação da reprodução heteróloga, o dispositivo legal exige a prévia autorização do marido para que haja a inseminação na mulher com o sêmen de um terceiro-doador. Havendo consentimento, o filho então será presumido seu, não cabendo mais qualquer ação para contestar a posterior paternidade.

Este ponto, inclusive, coaduna-se com a contínua evolução social e conceitual do núcleo familiar, distanciando-se daquela cultura tradicional e retilínea promulgada pela sociedade patriarcal de rejeitar outras formas de paternidade, vez que, atualmente, entende-se muito mais a parentalidade associada ao exercício de fato do que ligada às questões puramente sanguíneas; o que, de certa forma, também obriga o direito de família a se adaptar às constantes mudanças exigidas pelos seios sociais, a fim de inserir e defender os direitos das mulheres e das crianças reproduzidas artificialmente.

Nesse contexto jurídico em que incidem as polêmicas que envolvem a reprodução humana assistida, remanesce ainda o Brasil sem legislação específica para tratar do assunto, restando somente guiar-se conforme a resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que aborda os aspectos legais e burocráticos do tema.

Dispõe a resolução, logo em seu início, que a doação do material genético tem de ser feita de forma totalmente gratuita, sendo vedada a comercialização de gametas.

A respeito disso, suscita a doutrina o seguinte questionamento jurídico: “A discussão sobre remuneração levanta duas preocupações éticas associadas à doação de óvulos: primeiro, que os doadores saudáveis se tornam pacientes para ajudar outros; e que a compensação financeira trataria os óvulos como mercadoria.” (Alvarenga, Zuculo, Guimaraes, 2018, p. 10).

Nesse diapasão, apesar de algumas das legislações estrangeiras que já disciplinam o tema aceitarem a doação remuneratória dos gametas – como na França e Espanha –, a permissão da comercialização da doação de material genético ultrapassaria os limites bioéticos e tornaria o ato semelhante à comercialização de bebês, motivo pelo qual, fundado na percepção de que as doações devem ser norteadas apenas pelo altruísmo e boa vontade dos seus doadores, deve sim ser gratuita a doação de gametas.

Outro fator que também merece destaque é que as mulheres só podem se candidatar à gestação até os cinquenta anos, devendo as exceções serem assinaladas pelo médico profissional, que deverá prover não haver riscos para a paciente, tampouco para o feto.

Sobre as clínicas que recebem a doação de material genético, devem operar com obrigação de manter em total sigilo a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como a dos receptores. Também têm o dever de selecionar qual o material dos doadores vai ser inserido nos receptores, devendo ter o máximo de cuidado para garantir a maior semelhança possível fenotípica com a receptora.

Sobre esse aspecto, afirma Genival de França (2014, p. 382):

Em geral, a mulher recebe um catálogo do banco de sêmen com características físicas (cor da pele, dos olhos e dos cabelos, altura) e psicológicas dos doadores, além de informações como religião, escolaridade, hobbies, tipo sanguíneo etc., que são identificados por códigos. O óvulo geralmente é escolhido pelo médico, também seguindo esses mesmos parâmetros.

Destaca-se, ainda, que, a partir da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu e qualificou o casal homoafetivo como entidade familiar (união estável), o Conselho Federal de Medicina (2017) também passou a prever a reprodução humana assistida para casais homossexuais, conforme art. III, 3, que dispõe:

É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

Observa-se, portanto, que a reprodução heteróloga é o único meio que possibilita que mulheres que vivem em união homoafetiva gerar filhos, através de material genético coletado de doador anônimo. Cabe ressaltar também, como abordado na seção anterior do trabalho, que o direito reprodutivo deve ser considerado um direito fundamental e, assim sendo, um direito disponível para todos, o que revela o caráter democrático da resolução do CFM.

2. O DIREITO AO ANONIMATO DE DOAÇÃO DE GAMETAS E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

2.1 O Direito à identidade genética sob o prisma dos direitos da personalidade

É sabido que a Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988 e reconhecida como uma das constituições mais democráticas do mundo, protege, de forma positivada e extensiva, os direitos inerentes à personalidade, seja dos cidadãos, seja daqueles que sequer atingiram tal condição, haja vista que os direitos personalíssimos, em verdade, prestam-se para defender a condição mínima da dignidade e da vida do ser humano.

Nesta senda, consideram-se os direitos da personalidade tão vastos e importantes que estes também se encontram previstos em um capítulo inteiro do Código Civil brasileiro, embora que de forma exemplificativa, tamanha a extensão fática que possuem e atenção que merecem.

A respeito disso, inclusive, pontuam Pablo Stolze e Pamplona Filho (2019, p. 96): “Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Observa-se, portanto, que os direitos da personalidade são direitos inerentes à condição de ser humano, que se estendem do nascimento até a morte, o que os tornam inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, fundados no princípio da dignidade.

Nesse parâmetro comparativo, é reconhecido majoritariamente pela doutrina que o direito à identidade genética se encontra inserido dentre o rol dos direitos personalíssimos. Apesar de não se estar diretamente previsto, o direito à identidade genética relaciona-se, acima de tudo, com o direito que todo ser humano deve ter de conhecer a própria historicidade, a origem de sua árvore genealógica e a extensão psíquica e psicológica que herda de seus ascendentes.

Sobre este ponto, inclusive, confirma a doutrina (Maria Helena Diniz, 2018, p. 728, apud Paulo Lôbo, 2004, s.p): “O direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito de personalidade, de que é titular cada ser humano (...)”.

Assim sendo, compreende-se que o direito à identidade genética, em verdade, está dissociado do direito à filiação, pois envolve, como mencionado, o direito personalíssimo de ter o conhecimento sobre seus antepassados, sobre suas

origens, de modo a garantir que possua o conhecimento pleno sobre seus traços socioculturais, as tendências físicas e psíquicas, além de evitar conflitos psicológicos oriundos do desconhecimento sobre a herança genética.

É nesse parâmetro, por sinal, que sustentam alguns doutrinadores que o direito à identidade genética seja encarado como um direito absoluto, cujo exame seja levado a cabo em qualquer circunstância, vez que, com as constantes mudanças que ocorreram no seio familiar neste século, não mais se considera a relação de parentesco tão somente como aquela que advém da ligação sanguínea, mas principalmente da relação afetiva e familiar.

Veja-se, sobre o aspecto da filiação socioafetiva, como se posiciona Rolf Madaleno (2020, p. 528):

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.

É notório que a filiação socioafetiva está diretamente relacionada com o exercício da filiação de fato, e não mais com as questões meramente concernentes à genética, como ocorria em tempos passados. Dentro desse contexto, portanto, inserem-se os direitos provenientes da reprodução humana artificial heteróloga, vez que a criança gerada possui, ao menos de um dos pais, material genético de pessoa desconhecida, sendo o vínculo de filiação meramente socioafetivo, tal qual como ocorre na adoção. Nesse sentido, para ambos os institutos jurídicos, não resta dúvidas que a filiação tem origem socioafetiva e não sanguínea, apropriando-se a lei de mecanismos para evitar toda e qualquer futura ação de contestação de paternidade.

Veja-se como se posicionou a jurisprudência brasileira a respeito do tema, no julgado do recurso especial 1.330.404 – RS, em cuja negatória de paternidade se fundou na tentativa de estabelecimento da relação de filiação socioafetiva sem o elemento da voluntariedade do pai para reconhecer tal condição, em busca de gerar direitos inconcebíveis:

O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca

intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento.

Entretanto, a problemática incidente sobre ambos institutos jurídicos surge do tratamento diferenciado que é dado ao filho adotado em face do filho gerado em reprodução humana artificial heteróloga.

Observe-se, de logo, o que dispõe o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

Assim sendo, compreende-se que a proteção que é concedida ao filho adotado garante, expressamente, o seu direito de acesso à identidade genética – sem que isso tenha qualquer interferência na filiação; já ao filho gerado em reprodução artificial heteróloga, observa-se que a falta de previsão, em tese, não resguarda o seu direito personalíssimo de conhecer a própria origem genética.

Levanta-se, dessa forma, a partir do dispositivo esposado e da rege de princípios legais que norteiam os Estados de direito, os seguintes questionamentos jurídicos: considerando-se que a Constituição garante a todos a plenitude da igualdade perante a lei, por que o filho adotado possui direito a conhecer sua identidade genética e o filho advindo da reprodução humana artificial heteróloga não o possui? Por que os pais não têm a opção e nem o direito posterior de conhecer a origem genética do filho? Tais vedações não estariam tolhendo o direito personalíssimo do ser humano de conhecer sua árvore genealógica?

A respeito dessa polêmica questão, posiciona-se Maria Diniz (2017, p. 728) a favor do direito à identidade genética, desde que não haja repercussão em outros direitos que poderiam advir de tal revelação:

O direito à origem ou identidade genética (direito da personalidade da pessoa advinda da inseminação artificial heteróloga) é o de saber da história da saúde dos seus parentes consanguíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto, logo não gera o direito à filiação, nem o direito alimentar, tampouco o sucessório.

Nesse interim, antes de tudo, deve-se frisar que os doutrinadores que reconhecem o direito à identidade genética como um direito que deve ser disponível para todos, o fazem tão somente para defender que o indivíduo possa conhecer sua

identidade genética, sem reconhecer, como consequência, demais direitos que possam advir da corrente sanguínea.

Outro ponto que merece atenção, até mesmo dos órgãos estatais, é o da possibilidade de que irmãos biológicos possam se relacionar amorosamente sem o conhecimento da adversidade genética; pior ainda seria a possibilidade de que, em decorrência do romance, possa ocorrer a comunhão de casamento entre irmãos e o nascimento de filhos com deformidade genética.

A respeito desse aspecto, pontua a doutrina (Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona, 2015, p. 650):

Ademais, no contexto fático jurídico, as questões que versam sobre a possibilidade do conhecimento à identidade genética pode ser observada sobre alguns aspectos, dos quais se destaca o risco de pessoas, na condição de irmãos biológicos terem relacionamento de natureza amorosa, por desconhecimento da descendência genética, podendo depois descobrir serem irmãos.

Destarte, verifica-se que o conhecimento da origem genética se funda em questões intrinsecamente ligadas aos direitos da personalidade que são resguardados ao ser humano, bem como para questões ligadas ao controle estatal contra situações proibidas em lei que podem decorrer do desconhecimento genético, tal qual como incesto ou nascimento de crianças com o mesmo material genético.

2.2 Direito ao anonimato do doador de gametas

Sabe-se que o preceito fundamental da liberdade de planejamento familiar garantida pela Constituição, cuja responsabilidade sobre todas as decisões concernentes ao controle de natalidade, a quantidade de filhos gerada e as implicações da gestação, opera sobre os indivíduos o exercício legal do direito de constituir os mais diversos tipos de família, sobrevivendo ao Estado, tão somente, ser o garantidor da vida e da saúde dos cidadãos, bem como o responsável por oferecer às pessoas todos os métodos de concepção e contracepção cientificamente aceitos.

Nessa perspectiva, no entanto, quando se é constada a impossibilidade ou infertilidade da família para constituir filhos pelos métodos tradicionais, o direito fundamental do planejamento familiar é prejudicado, tal qual como a extensão do direito reprodutivo, restando como opções a adoção de uma criança, ou, àqueles que têm condição financeira e desejam passar pelo processo da gestação, as técnicas de reprodução humana assistida.

Assim sendo, percebe-se que o direito de receber um gameta decorre diretamente dos direitos fundamentais da reprodução e da liberdade de planejamento familiar.

É nesse contexto que se compreende que não há discussão quanto à legitimidade da reprodução heteróloga, já que se encontra legalizada e prevista no Código Civil brasileiro. Em verdade, o que se discute é sobre a legalidade do anonimato do doador e do receptor de gametas, cláusula prevista na Resolução de nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), cujas determinações adotam as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos durante o procedimento.

Essa garantia de anonimato, que é conferida ao doador e ao receptor, encontra-se prevista no inciso IV, números 2 e 4, que assim dispõem:

- 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 doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a).

Um dos apoios que recebe a preservação do anonimato reside, justamente, no entendimento sobre a ação altruísta da doação de gametas, em que o doador, por conta própria e sem contrapartida remuneratória, resolve disponibilizar seu material genético em um banco de dados que serve para permitir a gestação de pessoa desconhecida, sendo-lhe assegurado o direito da ausência de vínculo com a criança que possa vir a ser gerada.

A respeito dessa questão, levanta a academia o seguinte questionamento (Lima; Verceze; Marques, 2018, p. 10): “A discussão sobre remuneração levanta duas preocupações éticas associadas à doação de óvulos: primeiro, que os doadores saudáveis se tornam pacientes para ajudar outros; e que a compensação financeira trataria os óvulos como mercadoria”.

De fato, a revelação sobre a identidade dos doadores e receptores disponíveis antes do procedimento poderia tornar o ato da doação de gametas – que, a nosso entender, tem de ser um ato altruísta –, um negócio comercial, que poderia ocorrer até mesmo de forma silenciosa, violando, assim, os princípios bioéticos e os direitos que permeiam a personalidade do ser humano.

Discute-se ainda, também, se a permissividade e a liberdade de escolha concedida às famílias para optar pelo seu próprio doador de gametas – conferida em

alguns países, como os Estados Unidos, em que já há a possibilidade de contato entre os participantes por meio de aplicativo – se esta condição estaria em desacordo com o sentido maior de gerar uma criança, bem como se cruzaria os limites do conhecimento biotecnológico das pessoas em geral, já que o procedimento da reprodução artificial tem de ser guiado através de critérios médicos.

Veja-se, sobre o que foi questionado, a colocação da matéria do Estadão, que coincide sobre a liberdade de escolha que já é conferida nos Estados Unidos (2018, s.p):

Nos Estados Unidos já há redes online que conectam doadoras de óvulos a receptoras. A novidade levanta questionamentos dos especialistas. Similar ao aplicativo de paquera Tinder, as interessadas em receber um óvulo podem dar match em perfis de outras mulheres com características físicas próximas e dispostas a doar. O aplicativo não mostra fotos nem nomes, mas um avatar com as características da participante. As combinações são avaliadas por médicos em clínicas de reprodução ligadas à ferramenta. Existe também o Cadastro Nacional de doadoras de óvulos, o CNDO, uma startup que afirma seguir a regulamentação do CFM, e se propõe a ajudar pacientes a encontrar uma doadora compatível.

Para além disso, outro aspecto que deve ser levado em conta são as possíveis consequências jurídicas que a revelação da identidade do doador pode causar.

Em um primeiro momento, analisar-se-ia, obviamente, se a revelação deveria, ou não, retroagir para atingir as pessoas já nascidas pelas técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, ou seja, se iria reproduzir, no contexto jurídico, efeitos *ex tunc*, ou se partiria a determinação das doações posteriores.

De fato, parece evidente que a possível mudança de patamar viria para consolidar o direito de todo e qualquer pessoa de conhecer sua identidade genética, de forma que, mesmo os doadores e receptores que prezaram pelo anonimato no momento da escolha da reprodução humana assistida enquanto ainda não havia previsão legal, possam ser atingidos. Por conta disso, argumenta a doutrina favorável ao anonimato do doador que tal consequência jurídica teria impacto diretamente sobre o número de doações de gametas, pois, mesmo que não houvesse efeitos e geração de direitos sobre a filiação, no mínimo as pessoas teriam receio de ter qualquer tipo de vínculo genético com pessoa desconhecida.

Nessa linha de raciocínio, posiciona-se Ana Brandão (2016, p. 147):

(...) manter o sigilo do doador é uma forma de não inviabilizar as doações de materiais genéticos devido à garantia de não lhe ser atribuído à paternidade do ser nascido por meio de inseminação heteróloga, pois sem tal garantia não teria sequer existido doação.

De outra borda, é importante também se considerar que a previsão de anonimato protege não somente o doador, mas também os receptores da doação, ou seja, a família envolvida com a gestação proveniente da reprodução humana assistida heteróloga. Nesse quesito, sujeita-se para evitar que haja qualquer reclamação futura proveniente de direito ou dever decorrente da cessão de material genético.

É dentro desse contexto que se sustenta o principal argumento de quem preza pelo anonimato na doação de material genético: se, de fato, não há interesse de vínculo entre o doador e a família receptora do material genético, quais seriam os benefícios de tornar possível a identidade de ambos? Neste ponto, inclusive, embora que a possível revelação da identidade do doador não se coadune com o interesse de produzir efeitos jurídicos decorrentes da relação de parentesco, ainda assim é sustentável o argumento de que a preservação sobre a identidade é condicionante para que a grande maioria das pessoas considerem a possibilidade de fazer uma doação de material genético, ainda mais no Brasil, em que é vedada a comercialização de gametas.

Ao menos este é o entendimento de Maria Demasi (2010, s.p), que argumenta:

A manutenção do anonimato é considerada de suma importância no sentido de evitarem-se complicações futuras nos aspectos, sobretudo, legais e psicológicos. É controverso o fato das crianças nascidas, através deste processo heterólogo, desconhecerem a sua origem genética, pois, ao tempo que alguns especialistas acreditam que o anonimato dos doadores permite que os pais exerçam uma maior influência de suas identidades sobre os filhos, outros afirmam que geraria uma incompleta percepção de sua identidade à criança, levando a graves repercussões psicológicas.

Desta forma, pode-se entender que não é unívoco para a doutrina jurídica, e muito menos na doutrina médica, o argumento de que a revelação da identidade genética seja de todo favorável ao psicológico da pessoa nascida através da reprodução humana heteróloga, já que existe também a possibilidade de os pais socioafetivos, quando no anonimato do(s) doador(es), exercerem a paternidade com respeito à intimidade e privacidade da família, sem que haja o receio de qualquer interferência que possa advir de terceiros sobre o filho.

3. O EMBATE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O CONFLITO JURÍDICO

Os direitos fundamentais, em sua acepção geral, não possuem natureza absoluta, de tal forma que, quando dois desses direitos constitucionalmente previstos são postos em oposição, revela-se o seu caráter de relatividade, considerando-se, sobretudo, que o caso concreto – ou mesmo a imperatividade das leis e dos princípios impostos – comporta como consequência que um direito prevaleça sobre o outro.

Nesta senda, compreende-se facilmente que a oposição entre direitos e princípios protegidos com caráter fundamental implica que se observe e se pondere a melhor solução para resolver a situação problemática, principalmente de acordo com a rege do princípio da proporcionalidade, a fim de que a edição das leis, bem como as decisões judiciais, estejam o mais próximas o possível do ideal de justiça, meta que é almejada por todo Estado de direito.

A vista do exposto, ensina Gilmar Mendes (2012, p. 263):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito).

No caso da problemática que incide sobre reprodução humana assistida heteróloga, vislumbra-se o conflito entre os direitos fundamentais, quais sejam: o direito sobre o conhecimento da identidade genética, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos personalidade, em face ao direito de anonimato do doador de gametas, respaldado no princípio da intimidade e da viabilização do direito reprodutivo.

Nesse parâmetro, por serem direitos de mesma hierarquia constitucional, e por não haver legislação específica disciplinando o tema no Brasil, manifestam-se controvérsias jurídicas ainda impassíveis de solução definitiva: afinal, o filho gerado por reprodução humana heteróloga tem direito a conhecer sua identidade genética?

Sobre o questionamento apontado, posiciona-se parte da doutrina (Felipe Oliveira, 2019, p. 04):

Não é crível que seja justificável a separação a nível mundial de dois tipos de indivíduos: os que a qualquer tempo possam vir a ter acesso a seu histórico

genético e a base de seu DNA, como sua origem, características e conhecimento de seus antepassados, e os que não gozam desta mesma sorte. As técnicas de reprodução assistida vêm auxiliando casais que por qualquer motivo encontram-se impossibilitados de gerar uma criança através da concepção natural, no entanto, é necessário cuidado ao perceber os efeitos que o sigilo pode causar nessas crianças geradas.

De fato, como já levantado durante o desenvolvimento do trabalho, a constituição federal possui como preceito básico defender os direitos invioláveis das pessoas e, acima de tudo, garantir que haja igualdade entre os indivíduos que compõem o corpo social. Dessa forma, não se pode conceber que apenas um grupo de pessoas tenha direito a conhecer a sua origem genética, enquanto que outras não o detenham, pois tal direito encontra amparo na dignidade da vida humana, na proteção do acesso às informações fundamentais que incidem sobre o psicológico humano, cuja necessidade de conhecimento sobre a historicidade pessoal e, acima de tudo, sobre sabedoria, a origem das tendências físicas e emocionais, acompanham a maior parte dos indivíduos durante a vida.

Até mesmo por conta disso, apesar de o direito à intimidade ser constitucionalmente previsto como um direito fundamental, em face da reprodução humana assistida heteróloga, este não deve prevalecer com amparo de proteção absoluta, vez que as doações só podem ser feitas de forma gratuita e espontânea, não se constituindo como obrigação cidadã, sobre a qual tenha de ser entendida com amparo de preservação sigilosa.

Compactuando com esse posicionamento, além do que já foi referido, esclarece a doutrina (Luis Chaves, 2018, s.p):

Além de limitar subjetivamente o acesso às informações sobre o doador, o direito à identidade genética não pode ser confundido com direito à paternidade. Ou seja, o pleito em que se busca a declaração judicial da origem biológica, não inclui a investigação de paternidade e, portanto, não se imputará ao genitor doador os encargos que derivam da paternidade/maternidade e nem será concedido direitos que derivam do estado de filiação ao indivíduo concebido artificialmente, como por exemplo direito sucessórios, alimentares, entre outros decorrentes do vínculo de filiação.

Nesse ponto, é notório que a revelação da identidade genética do doador jamais teria o condão de criar responsabilidade civil entre parentes biológicos desprovidos da intenção de vínculo parentesco; afinal, a filiação e seus efeitos jurídicos se coadunam com o vínculo socioafetivo. Portanto, tal qual como é previsto para o filho adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito a conhecer a ascendência biológica não existe em função da geração de direitos alimentares,

sucessórios, ou de qualquer outra natureza que vincule a relação entre pai e filho; mas, tão somente, se converge ao direito personalíssimo que deve ser resguardado a todo indivíduo de conhecer a sua origem genética.

É como aponta Flávio Tartuce (2019, p. 223):

É direito do filho concebido a qualquer tempo saber sua origem genética. Sabe-se que os direitos da personalidade são direitos imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e intransferíveis. Até porque estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, e, em complemento, o art. 227 prevê o princípio da igualdade dos filhos, não podendo esquecer que as decisões envolvendo as crianças devem ser tomadas sempre considerando o melhor interesse daquela.

Como consequência desse entendimento, inclusive, observa-se que algumas decisões dos tribunais de justiça no Brasil, embora que de forma gradual, também já vêm reconhecendo o direito da pessoa de saber a própria origem genética. Pelo menos assim reconheceu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu, em acórdão, de forma favorável a este entendimento, autorizando, assim, a realização de exame de DNA, conforme destacado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO PERSONALÍSSIMO DE BUSCAR A ORIGEM GENÉTICA. É certo que o reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, mas essa característica, por óbvio, atinge apenas quem efetuou o reconhecimento (o pai registral), jamais a filha que não participou daquele ato. Não se pode agora pretender levantar contra ela esse argumento para impedir a busca de um direito de personalidade que lhe é inalienável, qual seja a busca da verdade acerca de sua origem genética. NEGARAM PROVIMENTO. (70044262517 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 01/12/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2011).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido o direito à identidade genética em seus julgados. Conforme se pode observar do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 900521, que reconheceu que não devem ser impostos obstáculos de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética. Entre outros precedentes, Fachin citou também o RE 363889, com repercussão geral reconhecida, em que ficou entendido que não devem ser impostos obstáculos de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, “como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável”, como esposado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. TEMA OBJETO DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que cabe a relativização da coisa julgada em se tratando de ação de investigação de paternidade em que não ocorreu realização de exame de DNA. 2. Agravo Regimental, interposto em 25.08.2016, a que se nega provimento.

Não há que se duvidar que este é o entendimento que mais se aproxima do ideal de igualdade tanto buscado pela Constituição Federal Brasileira. O argumento de que a revelação da identidade dos doadores poderia ter impacto direto sobre o número de doações de gametas – já que as pessoas poderiam ter receio de doar, devido ao receio de toda e qualquer geração de vínculo – embora seja válido, não deve prevalecer diante de um direito personalíssimo, que, como já apontado, é intransferível, inalienável, indisponível e imprescritível.

Por outro lado, destaque-se também a possibilidade (embora apontada pelos defensores da preservação do anonimato como ínfima) de pessoas que possuam o mesmo material genético se relacionarem, casarem e até mesmo terem filhos com problemas genéticos. E não somente. Imagine-se que duas pessoas advindas da reprodução humana heteróloga tenham o desejo de se relacionar? Seria justo que não tivessem o direito de saber se foram geradas através do material genético do mesmo doador? Seria justo serem orientadas a não se envolver com um determinado grupo de pessoas para não correrem esse tipo de risco?

Sobre esse ponto, inclusive, Felipe Oliveira (2019, p. 01) critica diretamente a postura do Conselho Federal de Medicina, que adotou regras questionáveis para se esquivar da possibilidade de incesto, qual seja:

Muito embora a proteção à identidade do doador possa vir a ocasionar diversos constrangimentos como a possibilidade de incesto involuntário, que ocorre quando dois indivíduos sem ter o conhecimento de que ambas as concepções foram geradas através da doação do mesmo doador, ou seja, quando ambos não têm a notícia de serem biologicamente irmãos, acabam por manter uma relação afetiva involuntária, o Conselho Federal de Medicina mais uma vez buscou solucionar a controvérsia priorizando a diminuição da possibilidade da ocorrência do incesto, em desfavor da extinção da confidencialidade. O entendimento do órgão é de que seria mais correto diminuir o número de doação de gametas para um mesmo doador na mesma região, do que violar a confidencialidade do ato de doação de material genético.

Quanto a previsão da legislação estrangeira, os países têm adotado estratégias diferentes, mas a maior parte deles, convencidos pelo conceito da

dignidade humana, reconhecem o direito de acesso à identidade genética às pessoas advindas da reprodução humana heteróloga. É como aponta Galante (2013, p. 10): “Observa-se que os diversos ordenamentos pátrios e as normas internacionais preveem em seu bojo expressamente ou implicitamente o conhecimento da ascendência biológica do indivíduo, que é um direito personalíssimo.”

Nesse sentido, o Código Civil argentino já prevê a possibilidade de o indivíduo obter a tutela judicial favorável à concessão da revelação da identidade genética do doador de gametas, fundado no princípio de proteção aos direitos personalíssimos do ser humano.

Por sua vez, a Constituição portuguesa, em seu art. 26, n. 3, prevê: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

Ou seja, o direito lusitano, tanto em sua constituição como em seus julgados, tem sido uníssono em reconhecer o direito da pessoa humana de conhecer a sua identidade genética.

Outros países que também preveem a não preservação de anonimato são a Alemanha, Bélgica, Reino Unido, Suécia e Suíça.

A vista do exposto, portanto, compreende-se ser notória a necessidade da elaboração de uma lei que confira segurança jurídica ao instituto – tal qual como já é previsto na maioria dos países pelo mundo –, considerando-se o direito à dignidade de todo e qualquer ser humano de poder conhecer a sua origem genética, ou seja, estendendo-se a previsão que já é conferida ao filho adotado também ao filho advindo da reprodução humana assistida heteróloga, pois, de acordo com o princípio motor da constituição, todos são iguais perante a lei e assim devem ser tratados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se analisa o conflito entre o direito à identidade genética em face ao direito de anonimato ao doador de gametas na reprodução humana heteróloga, na qual é utilizado, no processo de reprodução humana artificial, material genético de terceiro cuja identidade é preservada.

Assevera, de início, a relevância do papel do Estado como permissor e garantidor do direito reprodutivo da população, que se estende à liberdade do planejamento familiar e da disposição das mais diversas técnicas de métodos conceptivos e contraceptivos.

Esclarece as mais diversas técnicas de reprodução humana assistida que existem, com seus benefícios e indicações, além das classificações jurídicas que são previstas no Código Civil, com enfoque nas repercussões da modalidade heteróloga.

Trás à baila os mais diversos argumentos que sustentam as teses de preservação e não preservação do anonimato, fundados ambos os argumentos, sobretudo, em princípios constitucionais e do direito de família, que direcionam e indicam a raiz problemática das definições do instituto.

Nesse sentido, aponta que, apesar da não preservação do anonimato poder impactar diretamente no número de doações, a sua manutenção, em contrapartida, seria prejudicial ao psicológico do ser humano, pois não ter o direito de saber das próprias origens, tendências psíquicas, psicológicas e emocionais, poderia ser causa de problemas anímicos.

Argumenta, também, que existe a possibilidade, embora que remota, de pessoas advindas da reprodução humana heteróloga com o mesmo material genético virem a ter um relacionamento amoroso com as mais diversas consequências jurídicas do incesto, sendo que o controle adotado para preservar o anonimato do doador se demonstra ineficiente.

Adianta, também, que a revelação da identidade do doador não tem o condão de gerar vínculos de responsabilidade para direitos de filiação – já que não existe, neste caso, vínculo afetivo e nem relação de parentesco entre o doador e a pessoa advinda de seu material genético –, mas tão somente o intuito de preservar o conhecimento de toda e qualquer pessoa sobre a sua árvore genealógica.

Assevera, por fim, que a Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei e que não pode haver distinção de tratamento entre os cidadãos, somente

se for a fim de resgatar a igualdade, o que não é o caso da diferenciação entre filhos nascidos da reprodução natural, filhos adotados e filhos de reprodução humana heteróloga, que devem ser resguardados com os mesmos direitos e tratamento.

Aborda, a vista de todos os argumentos esposados, que outros países já disciplinam o tema e, atualmente, a maior parte deles se encaminha para reconhecer o direito fundamental do ser humano de conhecer sua ascendência genética, pois diz respeito a um direito da personalidade.

Constata, em conclusão, que há necessidade de elaboração de lei para disciplinar o tema no Brasil – que atualmente só é regido pelas regras superficiais da Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina –, em cujo trâmite legal deve constar as regras para a utilização da reprodução humana assistida, as técnicas permitidas, os limites impostos, bem como a regularização de como a revelação da identidade do doador deve ser feita, priorizando, acima de tudo, a preservação da ausência de vínculo entre o doador, a família receptora e a criança advinda do material genético de terceiro.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Raquel de Lima; ZUCULO, Jaqueline Verceze Bortolheiro; GUIMARAES, Fernando Marques. **Doações de óvulos no Brasil: regulamentações e legislações**. Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro, 2018, pg. 10.

BEREK, Novac. **Tratado de Ginecologia**. 15^o ed. Rio de Janeiro, 2014.

Brasil. **Código civil de 2002**. Planalto. Brasília/DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Brasília/DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

Brasil. **Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2020

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

CASTILHOS, Clair. **Direitos reprodutivos: por que tanta controvérsia?** Disponível em <<https://caterinas.info/direitos-reprodutivos-por-que-tanta-controversia/>>. Acesso em 10/10/2020.

CHAVES, Luis Cláudio da Silva. **Reflexões sobre a reprodução assistida: o direito à identidade genética versus o direito do anonimato do doador**. Disponível em: <<https://www.oab-ro.org.br/artigo-reflexoes-sobre-a-reproducao-assistida-o-direito-a-identidade-genetica-versus-o-direito-do-anonimato-do-doador-por-luis-claudio-da-silva-chaves/>> Acesso em: 29/10/2020.

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168, de 25 de setembro de 2020. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo de ontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.** <https://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026>. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

COUTO, Cleber. **Reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, monoparentalidade programada e coparentalidade**. <<https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/211560163/reproducao->

humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade.> Acesso em: 25 de setembro de 2020.

Diniz, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ESTADÃO, 12 de maio de 2018; disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mudanca-em-regra-de-reproducaoassistida-faz-surgir-tinder-dos-ovulos,70002305408>>, acessado em 21/10/2020.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família - A Filiação e a Origem Genética sob a Perspectiva da Repersonalização**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juruá, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil volume único/ – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pg. 96.**

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em > <https://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>< Acesso em: 29/10/2020

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

OLIVEIRA, Felipe da Rocha. **O direito ao anonimato dos doadores de material genético na reprodução assistida na contramão ao direito à identidade genética**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74939/o-direito-ao-anonimato-dos-doadores-de-material-genetico-na-reproducao-assistida-na-contramao-ao-direito-a-identidade-genetica>>. Acesso em 27/10/2020.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Parlamento. Disponível em: ><https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx><. Acesso em: 29/10/2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº70048408884 RS. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Rio Grande do Sul/RS, 14 de junho de 2012. JusBrasil.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pgs. 84/95.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?** Curitiba: Appris, 2015. p. 111.

SILVA, Livia Maria. **Direitos Sexuais e Reprodutivos Femininos: reflexões ao trabalho do assistente social no âmbito dos serviços de saúde pública**. Disponível <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/180089/101_00522.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10/10/2020.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano, ALVES; Oslania de Fátima. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. <<https://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139>> Acesso em: 25 de setembro de 2020.

STF – AgR ARE: 900521 MG – MINAS GERAIS 0060542–36.2010.8.13.0344, Relator: Min. Edson Fachin, Data de julgamento: 28/10/2016, Primeira Turma.

STJ – REsp 1.330.404 – RS (2012/0127951-1). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Data de julgamento: 05/02/2015.

TRAVNIK, Wieland Puntigam. **Breves aspectos jurídicos e legais acerca da reprodução humana assistida**. <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8821/Breves-aspectos-juridicos-e-legais-acerca-da-reproducao-humana-assistida>>. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. **Inseminação Artificial e anonimato do doador**. <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600011> Acesso em 22 de outubro de 2020.