



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FAMÍLIA NA SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

PAULA DE CARVALHO SANTOS FERREIRA

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM CONFLITO COM
O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN:
ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS**

Salvador
2016

PAULA DE CARVALHO SANTOS FERREIRA

**O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA EM CONFLITO COM
O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN:
ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador como requisito parcial para obtenção de título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Camilo de Lélis Colani Barbosa.

Salvador
2016

UCSAL. Sistema de Bibliotecas.

F383 Ferreira, Paula de Carvalho Santos.
O direito à identidade genética em conflito com o anonimato do doador de sêmen: aspectos bioéticos e jurídicos./ Paula de Carvalho Santos Ferreira.– Salvador, 2016.

84 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea.

Orientação: Prof. Dr. Camilo de Lelis Colani Barbosa.

1. Reprodução assistida heteróloga 2. Contrato de doação de sêmen – Anonimato 3. Direito à Identidade Genética 4. Direitos de Personalidade 5. Dignidade da Pessoa Humana I. Título.

CDU 340.68

TERMO DE APROVAÇÃO

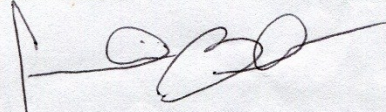
Paula de Carvalho Santos Ferreira

**“O direito à identidade genética em conflito com o anonimato do doador
de sêmen: aspectos bioéticos e jurídicos”**

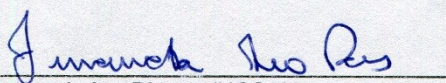
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Família
na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 30 de junho de 2016.

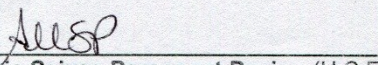
Banca Examinadora:



Camilo de Leis Colani Barbosa
Orientador(a) - (UCSAL)



Fernanda Ivo Pires - (UCSAL)



Ana Maria Seixas Pamponet Pavia - (U.S.F)

Dedico este trabalho a todos aqueles que sonham e buscam formar uma família, mesmo que seja preciso a busca por técnicas de reprodução assistida. Em especial, dedico ao meu esposo Heverton e ao meu filho Lucca, e aos meus pais, irmãos e sogra, os quais foram meu incentivo para realizar este sonho acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por me conceder o dom da vida e por me permitir realizar este sonho acadêmico, mesmo diante dos imprevistos ocorridos durante o tempo deste Mestrado.

Agradeço ao meu querido esposo Heverton que, com suas palavras de apoio, compreensão e incentivo, sempre me motivou a lutar pelos meus sonhos, além de cuidar do nosso filho para que eu pudesse finalizar este trabalho.

Agradeço ao meu lindo e desejado filho Lucca, apenas por ele existir na minha vida, alegrando e colorindo os dias da mamãe, e que sentiu muito os meus momentos de ausência.

Agradeço aos meus pais, Paulo e Iracema, pelo incentivo e o apoio para que esse momento fosse concluído com êxito. Aos meus irmãos, Rafael e Ananda, bem como ao meu cunhado Israel, pelos bons momentos de risadas para descontrair os momentos de tensão para a realização dos fichamentos e artigos.

Agradeço aos meus sogros, Horácio e Helecy, pela compreensão e o carinho de sempre. À minha cunhada Heloíse, pelo amor e pelas palavras de luz.

Ao meu orientador, Camilo Colani, que me conduziu durante a realização desta pesquisa e deste trabalho acadêmico, com paciência e gentileza, bem como às professoras Fernanda Ivo e Ana Pamponet, que compuseram minha banca de qualificação, cujas observações foram de extrema importância para o amadurecimento da presente dissertação.

Ao meu amigo Clever, que me incentivou a iniciar e concluir este Mestrado, me dando o incentivo profissional.

Grata aos meus familiares e amigos que compreenderam meus “nãos” e ausências, a fim de que eu pudesse realizar o sonho de concluir essa etapa na minha vida pessoal e intelectual.

RESUMO

O presente trabalho visa discutir o conflito entre o anonimato do doador de sêmen e o direito à identidade genética na técnica de reprodução assistida heteróloga. Aborda-se a busca dos casais inférteis pelo sonho de ter filhos, sendo necessária, algumas vezes, a utilização de material genético alheio aos deles. Discutem-se os princípios da Bioética e do Biodireito que permeiam os avanços da Biotecnologia, no intuito de preservar a humanidade de forma digna. No Brasil, defende-se o anonimato do doador de sêmen, tendo em vista que não há legislação específica, apenas resoluções do Conselho Federal de Medicina, gerando reflexões éticas e jurídicas. Há uma discrepância entre o contrato do doador de sêmen, que deve ser obrigatoriamente gratuito, e o contrato de recepção de sêmen, que é oneroso e lucrativo para as clínicas de reprodução humana assistida, pois prestam serviços médicos utilizando material genético gratuitamente obtido. Outrossim, não se confundem o direito à identidade genética com o direito de reconhecimento de paternidade. O princípio da afetividade norteia o Direito de Família, não sendo o pai biológico, de fato, o pai afetivo do indivíduo. O direito à ascendência genética está atrelado aos direitos de personalidade do ser humano, cuja existência deve ser digna, seja no aspecto físico ou emocional/psíquico. Percebe-se, então, que há uma carência de legislação para garantir o direito apenas à identidade genética, o que não incidiria em obrigações afetivas, alimentares ou/e sucessórias para o doador de sêmen.

Palavras-chaves: Reprodução assistida heteróloga. Contrato de doação de sêmen. Anonimato. Direito à identidade genética. Direitos de personalidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This paper discusses the conflict between the anonymity of the sperm donor and the right to genetic identity in heterologous reproductive assisted technology. Deals with the search for the dream of infertile couples to have children, requiring sometimes the use of genetic material foreign to them. The principles of Bioethics and Biolaw discussing that pervade the advances in Biotechnology, in order to preserve humanity dignity. In Brazil, defends anonymity of semen donor, given that there is no specific legislation, only resolutions of the Federal Council of Medicine, generating ethical and legal considerations. There is a discrepancy between the semen donor contract, which must necessarily be free, and semen reception agreement, which is expensive and profitable for the assisted human reproduction clinics, as providing medical services by using genetic material obtained for free. Also, do not confuse the right to genetic identity with the right to paternity recognition. The principle of affectivity guides the Family Law, not being the biological father, in fact, the emotional individual's father. The right to genetic ancestry is linked to the personality rights of the human being, whose existence should be worthy, is the physical aspect or emotional / mental. It is clear, then, that there is a lack of legislation to ensure the right genetic identity, which would focus not on affective bonds, food and / or succession to the semen donor.

Keywords: Assisted reproduction heterologous. Contract semen donation. Anonymity. Right to genetic identity. Personality rights. Dignity of human person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
FIV	Fertilização <i>In Vitro</i>
IPGO	Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetrícia
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RA	Reprodução Humana Assistida
SOP	Síndrome dos Ovários Policísticos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A BIOÉTICA E O BIODIREITO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	13
2.1	CAUSAS DE INFERTILIDADE	15
2.2	REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA	20
2.3	BIOÉTICA	22
2.3.1	Princípios gerais e específicos	25
2.4	BIODIREITO	29
2.4.1	Princípios	31
2.4.2	Lei de Biossegurança	33
3	O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN	36
3.1	RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	37
3.2	CONTRATO DE DOAÇÃO DE SÊMEN	41
3.3	CONTRATO DE RECEPÇÃO DE SÊMEN	48
3.4	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ANONIMATO	50
4	O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA	59
4.1	DIREITO DE PERSONALIDADE	61
4.2	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	68
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
	REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, convém citar que os avanços da biotecnologia trazem inúmeros benefícios à humanidade, como, por exemplo, casais que são diagnosticados com infertilidade podem buscar o sonho de ter filhos, por meio de técnicas de Reprodução Humana Assistida (RA).

Quando o casal pode utilizar material genético próprio, a RA é homóloga, ao passo em que quando se faz necessária a utilização de material genético alheio aos do casal, trata-se de RA heteróloga.

Nesse contexto, surge o doador de sêmen, cujo anonimato é defendido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em suas resoluções. Contudo, ainda não há legislação específica que possa harmonizar as possíveis consequências jurídicas advindas destes procedimentos.

No Brasil, trata-se de um assunto que causa muitas divergências sociais, religiosas e, principalmente, jurídicas, sendo razoável a análise geral do tema, para melhor entender a aplicabilidade das normas e as consequências individualizadas para cada ator social envolvido nesse processo, desde a clínica, passando pelo doador, pelos pais afetivos até o filho gerado.

Ademais, não se deve confundir o direito à identidade genética com o reconhecimento de paternidade afetiva, na medida em que a doação de sêmen cria tão somente a figura do pai biológico.

Destarte, como problema da pesquisa, tem-se: ressaltando-se os aspectos bioéticos e jurídicos, como se dá o anonimato do doador de sêmen em detrimento dos direitos de personalidade e dignidade do indivíduo gerado pelas técnicas de RA heteróloga? Desta forma, impõe-se a apresentação deste trabalho como forma de direcionar as divergências de opiniões pertinentes ao assunto.

É indiscutível que a Bioética e o Biodireito visam proteger a vida e os direitos dos seres humanos, reconhecendo a importância das pesquisas científicas e avanços

tecnológicos, principalmente no campo da Medicina, todavia, lutando pelos limites éticos e biológicos, a fim de proteger a humanidade.

O objetivo geral do estudo busca analisar o anonimato do doador de sêmen em detrimento dos direitos de personalidade e dignidade do indivíduo gerado pelas técnicas de RA heteróloga, ressaltando-se os aspectos bioéticos e jurídicos. Assim, faz-se indispensável a apresentação dos objetivos específicos, quais sejam:

- a) identificar os princípios da Bioética e dos princípios do Biodireito;
- b) analisar os argumentos do anonimato do doador de sêmen;
- c) comparar o contrato de doação de sêmen com o contrato de recepção de sêmen;
- d) discutir as possíveis consequências jurídicas para o doador de sêmen;
- e) diferenciar o direito à identidade genética e o reconhecimento de paternidade, e;
- f) analisar a necessidade de respeito aos direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana.

A metodologia adotada para a realização deste trabalho foi a revisão bibliográfica, que se baseia na análise de livros, publicações de artigos, legislação, jurisprudência, jornais e revistas que tratam sobre o assunto.

A presente dissertação se divide em seções, sendo que o primeiro capítulo foi designado para a introdução, na qual se apresentaram o tema, o problema, os objetivos gerais e os específicos.

O segundo capítulo explicou as possíveis causas de infertilidade, bem como a diferenciação entre as técnicas de RA homóloga e heteróloga, analisando-se os princípios da Bioética e do Biodireito que permeiam o avanço das pesquisas e tecnologia na medicina reprodutiva.

Nesta esteira, por meio de legislações e, em destaque, a Lei de Biossegurança, o Biodireito surge como uma forma de materializar os receios e ansiedades da Bioética, a fim de disciplinar as novas técnicas, garantindo a inviolabilidade da vida, a proteção à saúde e a dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, foi abordado o anonimato do doador de sêmen, defendido pelas resoluções do CFM, bem como uma análise comparativa do contrato de doação de sêmen, que sempre é gratuito, e o contrato de recepção de sêmen, que é lucrativo para as clínicas especializadas, o que representa uma contradição.

Ainda neste capítulo, foram abordadas as possíveis consequências jurídicas para o doador de sêmen, caso tenha sua identidade reconhecida, eis que a legislação pátria ainda não o protege de obrigações alimentares, afetivas e sucessórias, mesmo seu ato sendo apenas de ordem científica.

Em contrapartida, no quarto capítulo, tratou-se do direito à identidade genética, que é considerado um dos direitos de personalidade, pois conhecer a ascendência biológica é inerente à essência do ser humano.

Nesse passo, também se analisou o princípio da dignidade da pessoa humana, que visa garantir uma vida digna e plena ao ser humano, seja no aspecto físico, psíquico e/ou emocional e, que, caso não se possa conhecer sua origem biológica, isso poderia lhe causar danos psicológicos por toda a vida.

Percebe-se que ainda não há uma legislação mais direta e eficaz, eis que a atual base legal ainda é bastante incipiente em relação ao tema aqui discutido, o que poderia garantir o direito à identidade genética sem gerar obrigações para o doador, o qual não precisaria ser anônimo.

2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O desejo de formar uma família e garantir a descendência, em geral, habita no íntimo de muitas pessoas, podendo ser considerado um sonho bastante valorizado na sociedade e constituindo uma etapa importante na vida da maioria dos casais.

A infertilidade nunca é desejada ou esperada pelos casais, na medida em que acreditam que conseguirão se reproduzir, quando bem desejarem, sendo que o impacto de um diagnóstico negativo de fertilidade pode se tornar um fato gerador de transtornos emocionais, individuais ou conjugais.

Nesse passo, Nomura discute que a infertilidade é o principal motivo que leva os casais a procurar ajuda médica especializada, em busca da formação de suas respectivas famílias, tendo em vista que Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua como infértil o casal que não conseguir engravidar após um ano de tentativas e sem a utilização de qualquer tipo de método contraceptivo.¹

Segundo Nomura, a Declaração Universal de Direitos Humanos, que delinea os direitos e liberdades fundamentais, defende que as pessoas são livres para decidirem, desde que de forma responsável, se querem ou não ter filhos, determinando a quantidade e o momento ideal para tanto, garantindo o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livres de discriminação, imposição ou violência.²

Contudo, a autora destaca que a RA tem gerado inúmeros questionamentos de ordem ética, moral e jurídica, na medida em que traz desafios à reflexão Bioética, haja vista ser uma área de intenso desenvolvimento tecnológico que possibilita novas formas de viabilizar a geração de filhos.³

O parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) prevê que, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável,

¹ NOMURA, Roseli Mieko Yamomoto. **Dilemas acerca da vida humana**: interfaces entre a Bioética e o Biodireito. São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor), p. 67.

² NOMURA, 2015, loc. cit.

³ NOMURA, 2015, loc. cit.

é possível e lícita a utilização de técnicas que permitam a geração de filhos por casais inférteis:

§ 7º 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.⁴

Portanto, os casais possuem o legítimo poder para definir seus parâmetros familiares, ou seja, esta questão deve ser pautada em uma decisão livre, todavia, precisa se ater às responsabilidades oriundas de suas escolhas. Caso haja dificuldades em realizar os projetos familiares, o Estado apoia a utilização de recursos científicos como auxílio, como é o caso da RA.

No entendimento de Diniz, a RA dar-se-á quando o casal não puder procriar naturalmente, por intermédio de relações sexuais, havendo obstáculos à ascensão de elementos fertilizantes, ou seja, a existência de causas de infertilidade humana.⁵

Destarte, a definição de RA é o processo que torna possível a continuidade da espécie humana, baseado em técnicas médicas que possibilitem a combinação de material genético masculino e feminino, assegurando a fecundação que não ocorrera por vias sexuais devido à infertilidade do casal⁶.

A partir do pensamento de Nomura, na RA, utiliza-se o conjunto de técnicas que visam unir, artificialmente, os gametas masculinos e femininos, para formar o embrião, podendo esse material genético ser próprio do casal ou oriundo de terceiros, caracterizando a fertilização homóloga e a heteróloga, respectivamente.⁷

Com o avanço da tecnologia e dos recursos científicos no âmbito da Medicina, a impossibilidade de ter filhos por métodos naturais já pode ser superada com a junção de material genético feminino e masculino fora do corpo humano.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 685.

⁶ NOMURA, 2015, loc. cit.

⁷ NOMURA, 2015, loc. cit.

Assim, Diniz ressalta que, “em regra, a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido e da mulher.”⁸

Contraposto a isso, a autora relata que, na RA heteróloga, os problemas jurídicos, éticos e morais seriam mais abrangentes e mais polêmicos, que iriam desde o questionamento do possível desequilíbrio básico do matrimônio, passando pela possibilidade de geração de filhos por homossexuais e transexuais, bem como o anonimato do doador de sêmen até o direito à identidade genética deste filho, dentre outros.⁹

No que tange aos dois últimos temas polêmicos, há um conflito bioético e jurídico que permeia o direito de o doador se manter no anonimato e o direito de personalidade do ser humano gerado, que se constitui como aspecto principal deste trabalho acadêmico.

2.1 CAUSAS DE INFERTILIDADE

Quando o casal procura uma clínica especializada em infertilidade, tanto as mulheres como os homens devem ser investigados, concomitantemente, antes da confirmação do diagnóstico. Embora a impossibilidade de gerar filhos possa ser especificamente causada por fatores femininos e/ou masculinos, a infertilidade é considerada um problema do casal.

A avaliação da infertilidade conjugal necessita de consulta conjunta do casal, em busca de fatores masculinos e/ou femininos que dificultam ou impossibilitam a capacidade de gestação.

No que tange à infertilidade feminina, Nomura afirma que esclarece que se trata de um termo utilizado para mulheres que, mesmo em idade reprodutiva, não conseguem

⁸ DINIZ, op. cit., p. 686.

⁹ Ibid., p. 690-695.

engravidar após um ano de tentativas, bem como as que são capazes de engravidar, contudo, não conseguem levar a gravidez até o final, segundo a OMS.¹⁰

Uma das principais causas da infertilidade feminina está relacionada aos problemas de ovulação, cujas complicações aparecem tanto na quantidade de óvulos quanto na qualidade deles.¹¹

A idade é um fator importante no diagnóstico da infertilidade feminina. Ocorre que a maternidade está sendo um sonho retardado pelas mulheres atuais, eis que, diante das possibilidades de desenvolvimento pessoal e de carreira da mulher, muitas optaram por ter filhos mais tardiamente.

No entanto, a gravidez tardia aumenta as chances de uma futura mãe conceber um filho com síndromes, bem como a idade avançada dificulta engravidar, pois a mulher tem menos óvulos e, por consequência, é menos fértil.

A partir da entrevista com o médico Arnaldo Cambiaghi, especialista em RA do Instituto Paulista de Ginecologia e Obstetrícia (IPGO), Campos verifica que “mulheres que adiam a gestação para priorizar a carreira e a estabilidade financeira buscam o seu primeiro filho em uma idade superior ao ideal, ou seja, próximo aos 40 anos.”¹²

Além da diminuição da quantidade de óvulos trazida pelo aumento da idade, outra causa de infertilidade feminina é a deficiência de ovulação resultante de outros fatores, como, por exemplo, mulheres submetidas a tratamentos de quimioterapia e radioterapia, pois geralmente deixam de ovular.¹³

¹⁰ NOMURA, op. cit., p. 67.

¹¹ CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA SANTA JOANA. **Causas da infertilidade**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.hmsj.com.br/centroreproducaohumana/causas-infertilidade>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

¹² CAMPOS, Nancy. Idade da mulher ainda é a principal causa de infertilidade entre os casais. **Uol Notícias**, São Paulo, 08 ago. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2012/08/08/habitos-saudaveis-prevencao-a-doencas-e-se-lembrar-do-relogio-biologico-determinam-fertilidade.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹³ CAMPOS, 2012, loc. cit.

Outra causa de ovulação deficiente é a Síndrome dos Ovários Policísticos (SOP), alteração endócrina pela qual os ovários apresentam-se aumentados de tamanho e contêm múltiplos cistos (sacos repletos de líquido).¹⁴

Destaca-se que outro fator importante é o tuboperitônio, que consiste no desbloqueio do caminho para o encontro dos gametas femininos e masculinos, ou seja, atrapalhando a função da tuba uterina, que precisa estar livre. Em alguns casos, por causas diversas, como alterações infecciosas, endometriose, danos por gestações ectópicas ou cirurgias pélvicas, a mulher pode ter esse caminho bloqueado, impedindo o encontro dos gametas, deixando-a infértil.¹⁵

Segundo Dra. Patrícia Varella, também a endometriose é causa de infertilidade e se caracteriza pela presença de endométrio fora da cavidade uterina, que é o tecido interno do útero, que o prepara para receber a gestação. Quando há disfunção no endométrio, ocorre a influência dos hormônios no processo de ovulação e na implantação do embrião, além da alteração dos hormônios prolactina e as prostaglandinas que agem negativamente na fertilidade.¹⁶

O tratamento pela RA pode evitar a ação da maioria destes mecanismos que atrapalham a fertilização e, por isto, esta pode ser uma ótima saída para a resolução do problema.

Nesse sentido, a Dra. Patrícia Varella alerta que além de fatores biológicos, a infertilidade feminina está relacionada como fatores expressivos como o estresse, o tabagismo, a ingestão de bebidas alcoólicas e o uso de drogas ilícitas.¹⁷

Muitos estudos apontam que a qualidade de vida dos indivíduos influencia diretamente na fertilidade, eis que o estresse pode tornar o casal infértil, mesmo que temporariamente. O fisiologista Sousa destaca que:

¹⁴ CAMPOS, 2012, loc. cit.

¹⁵ CAMPOS, 2012, loc. cit.

¹⁶ COSTA, Patrícia Toniolo Varella. **Preserve sua fertilidade**. São Paulo, [entre 1996 e 2015]. Disponível em: <http://www.drapatriciavarella.com.br/index.php?modulo=preserve_fertilidade>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹⁷ COSTA, [entre 1996 e 2015], loc. cit.

Um estudo publicado no Jornal The New York Times revela que o nível de estresse pode causar infertilidade, tanto no homem, quanto na mulher. Cerca de 30% dos indivíduos que estão realizando tratamentos para engravidar, não conseguem êxito, devido ao estresse da vida diária e de seus estilos de vida pouco saudáveis.¹⁸

Portanto, medindo-se o nível do cortisol, percebe-se que, quanto mais estressada estiver a mulher, menor será a chance de ovulação, dificultando ainda mais o tratamento para engravidar.¹⁹

Além da fertilidade feminina, o fator masculino é a outra parcela importante no processo de reprodução, motivo que deve ser considerado quanto aos fatores que causam a infertilidade masculina.

Superando-se alguns preconceitos do passado, é fundamental que se pesquisem os fatores masculinos que podem interferir na infertilidade do casal. Por isso, quando o casal não consegue engravidar por métodos naturais, tanto o aparelho reprodutor da mulher quanto o do homem devem ser investigados.

Tradicionalmente, a infertilidade masculina é considerada uma condição de difícil tratamento, o que ocorre pelo fato dela não ser uma entidade única, mas refletir uma variedade de diferentes condições patológicas, dificultando uma estratégia única de tratamento.²⁰

Os motivos da infertilidade do homem estão sempre relacionados aos seus espermatozoides, seja pela quantidade, seja pela qualidade. Alguns fatores podem influenciar na produção, outros na mobilidade dos gametas masculinos.

Uma das causas mais comuns de infertilidade masculina é a baixa produção de espermatozoides, sendo que problemas desta natureza podem ser de nascença ou desenvolvidos mais tarde devido à doença ou lesão. Nas palavras de Marchini:

¹⁸ SOUSA, Luciano. **Cortisol**. [S.l.], 09 ago. 2012. Disponível em: <<http://lucianosousafisiol.blogspot.com.br/search?q=cortisol>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹⁹ SOUSA, 2012, loc. cit.

²⁰ CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. Fator masculino de infertilidade masculina. **ABC da Saúde**, n. 662, [entre 2001 e 2016]. Disponível em: <www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/fator-masculino-de-infertilidade-conjugal>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Os fatores masculinos devem ser investigados com o auxílio de um/a urologista. O médico deve realizar o exame físico dos genitais, dos testículos e ductos deferentes. O espermograma consiste no primeiro exame a ser realizado, elucidando a maior parte dos casos. Um perfil hormonal pode ser solicitado em conjunto para já se avaliar outros fatores masculinos menos frequentes, mas esta avaliação só é obrigatória em casos de disfunção sexual, contagem de espermatozoides menos que 10 milhões/ml no espermograma, ou na presença de aumento das glândulas mamárias (ginecomastia) ou diminuição do volume testicular ao exame físico.²¹

Como com as mulheres, a qualidade de vida e a profissão também são fatores de influência da (in)fertilidade dos homens, na medida em que os médicos recomendam menos estresse e afastamento de certas atividades que utilizam produtos tóxicos para auxiliar no tratamento para engravidar o casal.

No entendimento de Marchini, o estilo de vida pode influenciar a quantidade e qualidade do espermatozoide, na medida em que o uso de certas substâncias (antidepressivos, remédio para a calvície e excesso de álcool, por exemplo) também pode ser um fator de influência.²²

Algumas atividades profissionais podem influenciar para a ocorrência ou não da gravidez, principalmente as que expõem os homens a temperaturas mais altas na altura do quadril/testículo (motorista de caminhão, cozinheiros, metalúrgicos). O uso de certas substâncias como antidepressivos, finasterida, e excesso de álcool, pode ser um fator de influência.²³

Portanto, algumas profissões devem ser evitadas quando detectada a infertilidade masculina, posto que expõem os homens ao aumento de temperatura testicular, podendo causar disfunção do epidídimo.

Outra condição bastante investigada no quesito da infertilidade masculina é a varicocele, que é dilatação dos vasos ao longo do cordão espermático, também conhecida como varizes nos testículos. No entanto, somente é considerada como causa de infertilidade quando associada a padrões espermáticos anormais. Assim, apesar de a varicocele ser um dos fatores de obstáculo, não é uma causa absoluta, pois muitos homens que possuem esta patologia podem ter filhos.²⁴

²¹ MARCHINI, Giovanni Scala. Saiba mais sobre a infertilidade masculina. **Dr. Recomenda**, [S.l.], 18 maio 2015. Disponível em: <<https://doutorrecomenda.com.br/blog/saiba-mais-sobre-a-infertilidade-masculina/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

²² MARCHINI, 2015, loc. cit.

²³ MARCHINI, 2015, loc. cit.

²⁴ MARCHINI, 2015, loc. cit.

No entendimento de Corleta e Frajndlich, as infecções também podem comprometer a qualidade do sêmen, por aumentar a quantidade células de defesa e, por consequência, os radicais livres bastante tóxicos aos gametas masculinos. As doenças infecciosas podem causar obstruções parciais ou totais da via seminal e/ou alterações histológicas gonadais.²⁵ Nesse sentido, também apontam fatores externos:

Os estrógenos do meio ambiente (pesticidas e herbicidas) e da dieta (plantas, cereais, frutas, verduras, legumes e sementes oleaginosas) têm sido muito estudados, principalmente devido à maior incidência de malformações do trato genital nos últimos 50 anos e suspeitas da diminuição da contagem de espermatozoides.²⁶

Então, a fertilidade está ligada à fatores internos do corpo humano, mas também à exposição de fatores do meio ambiente em que se vive. Vários pesticidas têm efeitos tóxicos que podem alterar a fertilidade e a função sexual.

Por fim, o tabagismo também é apontado como fator de infertilidade masculina, haja vista levar à diminuição da produção de espermatozoides e à piora da sua morfologia e motilidade.

2.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Após as descobertas e avanços da RA, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, o mundo presenciou um crescimento de pacientes tratados pela técnica de RA. Desse modo, classificam-se os dois tipos principais, quais sejam, a RA homóloga e a RA heteróloga, sendo a primeira realizada com o óvulo e o esperma provenientes do próprio casal de quem o embrião vai ser filho, enquanto a segunda se caracteriza por utilizar, pelo menos, um dos gametas proveniente de um doador externo ao casal.

Determina Venosa que “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho.”²⁷ Na percepção de Lopes, a inseminação artificial homóloga:

²⁵ CORLETA; FRAJNDLICH; [entre 2001 e 2016], op. cit.

²⁶ CORLETA; FRAJNDLICH; [entre 2001 e 2016], loc. cit.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

[...] consiste na introdução de espermatozóides do esposo de qualquer segmento do aparelho genital feminino. Tal procedimento é feito após preparo laboratorial do sêmen. Pode ter lugar em um ciclo espontâneo ou após estimulação da função ovatoriana com indutores da ovulação.²⁸

O mesmo autor complementa sobre o conceito da inseminação artificial heteróloga como sendo a que “[...] obedece aos critérios técnicos semelhantes àqueles levados a efeito na inseminação artificial homóloga. Exceção, faz-se, quanto a origem da amostra seminal no caso oriunda de um doador.”²⁹

Importante esclarecer que são três as características fundamentais para a realização de doação heteróloga, quais sejam, a gratuidade, a licitude e o anonimato do doador e receptor.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.597, V, trata da filiação presumida na RA heteróloga: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”³⁰

Todavia, no Brasil, a legislação ainda não consegue abarcar todas as consequências jurídicas advindas da RA, eis que o tema traz muitas possibilidades e envolve diversos atores sociais. Portanto, se faz necessário um estudo sobre o assunto dentro dos aspectos da Bioética e do Biodireito.

²⁸ LOPES; FEBRASGO, 2000, p. 585 apud RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3234, 9 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa/3>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

²⁹ Ibid., p. 586 apud RESENDE, 2012.

³⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

2.3 BIOÉTICA

Inicialmente, convém diferenciar a Bioética do Biodireito, pois, em que pese serem ramos interligados e conexos, muitas vezes dependentes um do outro, possuem conceitos e princípios diferenciados. Destarte, a Bioética diz quais são os limites, enquanto o Biodireito as regulas.

Nos termos de Lepargneur, a Bioética é entendida como “o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”.³¹ Na lição abalizada do autor:

A Bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no campo da saúde. Poder-se-ia definir a Bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas da vida, saúde e morte do ser humano.³²

A Bioética estuda as formas de harmonizar as descobertas da Biotecnologia e os avanços da ciência com a preservação dos valores éticos, morais e garantindo a dignidade da pessoa humana.

Consoante o pensamento de Diniz, a Bioética, portanto, é genuinamente um compromisso de manter o equilíbrio e a preservação da vida e da relação dos seres humanos com o ecossistema do planeta, evitando o uso indiscriminado da tecnologia e de pesquisas científicas.³³ Ao tratar de um conceito complexo, acerca da Bioética, a autora complementa suas palavras:

A Bioética é personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um ‘eu’, dando valor fundamental à vida e à dignidade humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para obtenção de outras finalidades.³⁴

³¹ LEPARGNEUR, 1996, p. 16 apud FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e Biodireito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 2, n. 3, p. 41-63, 1998. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11274/10040>>. Acesso em: 24 abr. 2016. p. 46.

³² Ibid. apud FERREIRA, 1998, p. 47.

³³ DINIZ, op. cit., p. 33.

³⁴ DINIZ, 2014, loc. cit.

A Bioética demonstra uma preocupação em preservar a vida humana e sua dignidade diante dos novos experimentos científicos e novas tecnologias, principalmente, nas técnicas utilizadas pela Medicina.

As definições Bioéticas envolvem não apenas os aspectos éticos e morais da preservação da integridade do ser humano, como também defende a necessidade de debater a ética, os direitos fundamentais, a proteção ao meio ambiente e os limites para os avanços da Biotecnologia.

Resende defende que “com o total desenfreio da tecnologia que veio abrangendo de forma avassaladora os métodos que pudessem facilitar a vida das pessoas, estes se esqueceram do afeto entre elas e os problemas futuros que pudessem acarretar”.³⁵

Não se pode aceitar que os avanços tecnológicos superem os valores defendidos como direitos fundamentais de todo ser humano, quais sejam, a vida, a liberdade e a dignidade, tornando-se necessária a imposição de limites.

Consoante Minahim, “as sociedades contemporâneas são marcadas pela pluralidade moral e, conseqüentemente, pela busca de alternativas para afirmação intersubjetiva de sua compreensão de mundo.”³⁶ No entanto, esta busca em conciliar diversos grupos morais acaba por gerar mais rupturas e conflitos do que consenso em torno de certos valores.

A ética representa uma conduta adotada após juízo de valor, que não pode ser dissociada da realidade, a fim de que não se torne etérea. Em decorrência disso, é orientadora das ações a serem realizadas e se encontra com o auxílio de regras e princípios, ou seja, por meio de normas que regem a humanidade.

Santos defende que o campo no qual a ética está ressurgindo ou nascendo com mais vigor é o da ciência. A discussão oscila entre duas hipóteses opostas, sendo “[...] que a ciência cedo ou tarde resolverá, por seus próprios méritos, os problemas do gênero

³⁵ RESENDE, 2012, loc. cit.

³⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 291.

humano; ou então que, ao contrário, está introduzindo no mundo crescente e demoníaca complicação.”³⁷

Um dos principais motivos de inquietação nasce de duas condições de vida, entendida em sentido material, mas, exatamente por isso, suscitadora imediata de reflexões éticas, que se verificam pela primeira vez em fins deste século. Ainda nesse sentido, Santos defende que:

O mundo físico e biológico, que compreende os seres humanos, encaminhava-se a uma condição de alto risco para sua integridade e mesmo sobrevivência. Tal condição de alto risco é caracterizada pelo fato de que uma das maiores criações do gênero humano, a ciência, acaba por assumir tríplice função: é concausa, instrumento de definição e meio de solução desse problema.³⁸

Importante levar em consideração que a tecnologia traz muitos benefícios para a humanidade, todavia, nem todos os seus efeitos são conhecidos pelos próprios pesquisadores, o que leva à necessidade de limites em sua aplicação, a fim de evitar os riscos de ferir a integridade e a vida humana.

A humanidade dispõe tanto de conhecimento como de recursos produtivos aptos a vencer flagelos que sempre acompanharam sua espécie, como a fome e muitas doenças letais, sobretudo as infecciosas e carenciais, mas não consegue eliminá-los e, nem sequer, tenta.³⁹

Como o sacrifício de valores é medido em relação às possibilidades, pode-se afirmar que, atualmente, trata-se do momento histórico em que ocorreram os maiores progressos com relação à saúde humana e com o maior número de vítimas evitáveis.

No que tange à doutrina de Diniz, a Bioética seria, então, uma maneira de disciplinar as ciências e as pesquisas biológicas, de forma que a expectativa e a qualidade de vida da humanidade sejam preservadas, permitindo a evolução biológica desde que preservada a harmonia universal.⁴⁰

³⁷ SANTOS, Maria Celeste Leite Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo**: a Bioética e a lei – implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998. p. 15.

³⁸ SANTOS, 1998, loc. cit.

³⁹ SANTOS, 1998, loc. cit.

⁴⁰ DINIZ, 2014, loc. cit.

O fato é que, segundo a autora “esses problemas bioéticos não são apenas conflitos de valores, mas também questões materiais e subjetivas de difícil solução”. Ademais, a Bioética divide-se em macroBioética, quando cuida das questões ecológicas, e em microBioética, que cuida das relações entre médico e pacientes, clínicas/hospitais e profissionais de saúde.⁴¹

2.3.1 Princípios gerais e específicos

Segundo Barboza, os princípios da Bioética foram criados e estabelecidos no Congresso dos Estados Unidos da América (EUA), por uma Comissão Nacional que tinha a incumbência de identificar os princípios básicos para disciplinarem a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina.⁴²

No entendimento de Ferreira, se faz indispensável à abordagem da Bioética, revelar-se a descrição dos princípios que a envolvem e que serão analisados em dois segmentos distintos, bipartidos, quais sejam, em princípios éticos gerais e específicos.⁴³

Consoante a autora, como princípios éticos gerais, referente à pesquisa biomédica em seres humanos, são registrados em uníssono, indistintamente, pelos estudiosos do tema os seguintes: o respeito pela pessoa, beneficência e justiça.⁴⁴

Entende-se como princípio do respeito pela pessoa o valor concedido à autonomia da vontade quer das pessoas capazes de decidirem sobre a pesquisa, bem como aqueles incapazes, ou com a capacidade diminuída, de tomarem uma decisão, devendo ser representados ou na impossibilidade que tal, gozarem de uma maior proteção, visando impedir danos e prejuízos.⁴⁵

⁴¹ Ibid., p. 36.

⁴² BARBOZA, 2012 apud NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

⁴³ FERREIRA, op. cit., p. 52.

⁴⁴ FERREIRA, 1998, loc. cit.

⁴⁵ FERREIRA, op. cit., p. 52-53.

Outrossim, o também conhecido como princípio da autonomia diz respeito à capacidade de quem tem a racionalidade humana de fazer leis para si mesmo. Isso significa a capacidade de se autogovernar, como defende Santos:

O princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. Este princípio requer, por exemplo, que o médico respeite a vontade do paciente, ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade. Emerge na relação médico-paciente, considerando-a uma relação entre sujeitos.⁴⁶

O intuito aqui demonstrado é garantir a autonomia da vontade das partes, bem como preservar a integridade física e psicológica do ser humano que decide se submeter a tratamentos de RA.

É necessário que haja a concordância entre o profissional e o paciente, devendo ser uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências.

Nas palavras de Namba, “o princípio da Beneficência resume-se no dever ético de não fazer mal, vale dizer, a não maleficência. A obrigação, neste vértice, está orientada no sentido de maximizar benefícios e minimizar danos e prejuízos.”⁴⁷

Em suma, o princípio em questão estabelece a obrigação ética e moral de agir em benefício dos outros. Deste modo, no contexto médico, nada mais é do que é o dever de agir do médico em concordância a vontade, protegendo a vida e a liberdade do paciente.

⁴⁶ SANTOS, 1998, loc. cit.

⁴⁷ NAMBA, op. cit., p. 12.

No que tange ao princípio da justiça, Ferreira destaca que “a Bioética resume, exatamente, a perspectiva da justiça distributiva, impondo a distribuição equitativa quer dos ônus, quer dos benefícios decorrentes da participação da pesquisa.”⁴⁸

Namba ressalta que este princípio da equidade determina que a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral e a determinação estrita do texto legal.⁴⁹

A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade. Portanto, o profissional médico deve sempre ser justo, na medida em que o poder da técnica e a competência médica devem pautar-se pela justiça.

Desde o início, a humanidade busca exercitar a justiça, como meio de regular as relações humanas e evitar os conflitos de qualquer natureza, quais sejam, sociais, familiares, políticos, econômicos, dentre outros.

Nesse sentido, Santos esclarece que “o Princípio da Justiça que obriga a garantir a distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde. Impõe que todas as pessoas sejam tratadas de igual maneira, não obstante, suas diferenças.”⁵⁰ Loch examina o princípio da justiça por outro viés:

Com a crescente socialização dos cuidados com a saúde, as dificuldades de acesso e o alto custo destes serviços, as questões relativas à justiça social são cada dia mais prementes e necessitam ser consideradas quando se analisam os conflitos éticos que emergem da necessidade de uma distribuição justa de assistência à saúde das populações.⁵¹

Quanto aos princípios específicos, o primeiro a ser abordado é o princípio da defesa da vida física, apontado como fundamental, considerando que a vida corpórea e física do homem não significa algo extrínseco da pessoa, e sim, antes, vital.⁵²

⁴⁸ FERREIRA, op. cit., p. 53.

⁴⁹ NAMBA, 2015, loc. cit.

⁵⁰ SANTOS, 1998, loc. cit.

⁵¹ LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Porto Alegre: PUCRS, [2002?]. Material de aula. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/jussara/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015, p. 5.

⁵² FERREIRA, op. cit., p. 54-55.

Moraes defende que a CF/88 protege a vida de forma geral, inclusive uterina, cabendo ao Estado assegurá-la em sua dupla acepção, ou seja, manter o indivíduo vivo e garantir a dignidade em seu modo de viver.⁵³

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto.⁵⁴

Segundo Sgreccia, há de ser levado em conta que a vida é considerada valiosa em seus aspectos jurídicos e religiosos, razão pela qual existem diversas manifestações contra o homicídio, o suicídio, o aborto, a eutanásia, o genocídio, a guerra de conquistas, dentre outros.⁵⁵

O segundo princípio específico é da liberdade e da responsabilidade que, nas palavras de Ferreira, “é fonte do ato ético e, considerado o princípio anterior, não há que se falar em liberdade sem que haja vida, e esta liberdade deve ser pautada pela responsabilidade.”⁵⁶

No que diz respeito ao princípio da totalidade ou princípio terapêutico, a autora declara que a ética médica deve respeitar a fisiologia humana, destacando a questão da proporcionalidade das terapias e também o chamado critério do voluntário indireto, para se referir ao paciente enfermo que necessita de terapias.⁵⁷

Por fim, impende citar o princípio da socialidade e da subsidiaridade. Na socialidade, consagra-se a mútua cooperação entre os indivíduos na defesa e promoção da vida e da saúde, em que uns dependem do apoio de outros, como nos surtos epidêmicos, na poluição desmedida, na doação de órgãos e tecidos, que somente poderão lograr êxito por meio da ação fraterna da comunidade.⁵⁸

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34.

⁵⁴ MORAES, 2013, loc. cit.

⁵⁵ SGRECCIA, 1996, p. 157 apud FERREIRA, op. cit., p. 55.

⁵⁶ FERREIRA, 1998, loc. cit.

⁵⁷ FERREIRA, op. cit, p. 56.

⁵⁸ FERREIRA, 1998, loc. cit.

7ª socialidade se reúne à subsidiaridade, resumida na proposta de ajudar mais os que mais necessitam, ao mesmo tempo em que se devem estimular as livres iniciativas, objetivando assegurar o seu funcionamento.⁵⁹

Cumprido salientar que se discute, também, sobre o princípio do consentimento informado, que defende que é imprescindível comprovar o consentimento informado, a fim de que o paciente tenha ciência de todo o procedimento e garantir a segurança jurídica nos procedimentos de biotecnologia.⁶⁰

2.4 BIODIREITO

Consoante Negreiros, o Biodireito é uma ramificação do Direito Público que se associa à Bioética, buscando entender e conhecer as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à Medicina e à Biotecnologia, com peculiaridades relacionadas ao corpo e à dignidade da pessoa humana.⁶¹

De uma forma geral, entende-se que o Biodireito é a positivação das normas Bioéticas, na constante busca pelo conhecimento, sendo necessário que se tenha ética para que se possa saber os limites do que vem a ser adequado ou não.⁶²

Com efeito, torna-se necessária a intervenção do Direito no campo das biotecnologias e biomédicas, considerando-se os valores fundamentais que devem ser protegidos, capazes de equilibrar, de um lado, os avanços científicos e, de outro, a vida e a integridade do ser humano. Consoante o entendimento de Ferreira:

Bioética como a ética das biociências e biotecnologias que visa preservar a dignidade, os princípios e valores morais das condutas humanas, meios e fins defensivos e protetivos da vida, em suas várias formas, notadamente, a vida humana e a do planeta.⁶³

⁵⁹ LOCH, op. cit., p. 7.

⁶⁰ FERREIRA, 1998, loc. cit.

⁶¹ NEGREIROS, Maria Gabriela Damião de. Bioética, Biodireito e meio ambiente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10399>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁶² NAMBA, op. cit., p. 11.

⁶³ FERREIRA, op. cit., p. 48.

Logo, é o momento de se preocupar com o Biodireito, na medida em que se deve desvinculá-lo da Bioética, eis que o discernimento na escolha de uma forma mais inovadora na concepção de um ser humano, posto que corrigir anomalias genéticas e curar seus males não pode ser tolhido, sob pena de se restringir a liberdade científica.

Leite pondera que “a lei é sempre invocada, porque as leis servem como "meios" face às finalidades que são os valores. O Direito procura organizar a conduta de cada um no respeito e promoção dos valores que servem de base à civilização”.⁶⁴

O Direito é indispensável para que a humanidade possa viver em paz e preservar a sobrevivência humana, de forma digna e íntegra. Sem Direito, a vida humana seria um caos, pois não haveria regras nem limites às ações do homem, nos diversos aspectos de sua sobrevivência. Em sua obra, Diniz assim define:

Biodireito, por fim, é a ciência jurídica que estuda as normas jurídicas aplicáveis à Bioética e à biogenética, tendo a vida como objeto principal, não podendo a verdade científica sobrepor-se à ética e ao direito nem sequer acobertar, a pretexto do progresso científico, crimes contra a dignidade humana nem estabelecer os destinos da humanidade.⁶⁵

Percebe-se, nitidamente, que quando se discute sobre nascituro e o embrião, aborto, experimentação em seres humanos, RA, células-tronco, mudança de sexo, eutanásia, transplante de órgãos, transfusão de sangue, dentre outros procedimentos polêmicos, urge a necessidade de normas para regular e limitar os avanços da Biotecnologia.

O Biodireito é a positivação das normas Bioéticas, sendo, portanto, a positivação jurídica de permissões de comportamentos médico-científicos e de sanções pelo descumprimento destas normas.

Outrossim, existe uma preocupação de que se erguerem princípios do Biodireito é, antes de tudo, não se reduzir a ciência jurídica a um mero conjunto de leis e obras literárias. Nesse passo, os princípios constitucionais devem constituir os princípios do Biodireito.

⁶⁴ LEITE, 1997 apud FERREIRA, op. cit., p. 49.

⁶⁵ DINIZ, op. cit., p. 32.

2.4.1 Princípios

O princípio da dignidade da pessoa humana – base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades –, se refere à criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas em sua integridade física e moral.

A Carta Magna reconheceu, na dignidade pessoal, a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio. Assim, Sarlet assevera que:

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia), que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.⁶⁶

Os direitos advindos deste princípio aderem à pessoa, independentemente de qualquer reconhecimento pela ordem jurídica; por isso mesmo podem ser oponíveis tanto ao Estado como à comunidade internacional e, ainda, aos demais indivíduos da sociedade em que está inserido.

Nesse passo, Ferreira também menciona o princípio da inviolabilidade à vida, que representa o bem vital do ser humano, de valor inestimável, assegurando proteção à integridade física ou moral do indivíduo, devendo o Biodireito resguardá-la, ao máximo, nos casos de experimentos científicos que envolvam seres humanos.⁶⁷

No entendimento de Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. Para o autor, a CF/88 garante o direito à vida impondo, ao Estado, o

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89.

⁶⁷ FERREIRA, op. cit., p. 58.

dever de preservá-la, tanto no sentido de garantir a continuidade da vida, bem como de ser vivida de maneira plena e digna.⁶⁸

Este princípio deve ser observado de forma especial, tendo em vista que os princípios enunciados pela Bioética se referem ao princípio da defesa física. Antes de qualquer coisa, antes de ocupar um espaço relativo à sua cidadania, antes de ocupar um espaço social, antes de ocupar um espaço político, trata-se do homem como um ser vivente e, por isso, existente.⁶⁹

O princípio do direito à saúde está expresso no art. 196 da CF/88, que o consagra como um direito de todos e um dever do Estado:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁷⁰

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu artigo 25, precisa definição do direito à saúde, defendendo que esta não se restringe a significar a ausência de enfermidade, mas abarca outros direitos, que repercutem na qualidade de vida do ser humano.

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.⁷¹

Os procedimentos de RA devem ter, como escopo, os fins terapêuticos, quais sejam, ultrapassar as barreiras da infertilidade nos seres humanos, mas respeitando os limites físicos e emocionais em prol do direito à saúde.

O princípio da informação assegura, ao indivíduo, o direito de receber informações de seu interesse, sendo que o complemento deste princípio está presente no enunciado

⁶⁸ MORAES, op. cit., p. 34.

⁶⁹ FERREIRA, op. cit., p. 58.

⁷⁰ BRASIL, 1988, loc. cit.

⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015, p. 13.

do princípio do consentimento informado, como adotado pela Bioética, assegurando ao sujeito o direito de receber todas as informações sobre o procedimento investigatório científico a que será submetido, se assim o consentir.⁷²

O direito de informação é protegido pelo artigo 5, LXXII da Carta Maior, que assim dispõe:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:
 a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
 b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo [...].⁷³

Nesse caso, o indivíduo que decide se submeter a procedimentos de RA, por exemplo, deverá ser informado de todos os riscos e consequências de sua escolha.

2.4.2 Lei de Biossegurança

No Brasil, não há como se discutir Biodireito e não mencionar a Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida amplamente como a Lei de Biossegurança, representando um foco de grande polêmica, tendo em vista que se apresenta como esperança para alguns, e indignação para outros.⁷⁴ Em termos práticos, Silva explica a finalidade da biossegurança:

Que biossegurança é um conjunto de políticas e ações públicas e privadas compatíveis com a disciplina jurídica dos riscos conhecidos, dos riscos potenciais e da ignorância relacionados ao emprego e/ou desenvolvimento de modernas tecnologias, tendo por propósito evitar a configuração de danos graves e/ou irreversíveis não apenas ao ambiente natural, mas igualmente à saúde humana e à hereditariedade.⁷⁵

⁷² BRASIL, 1988, loc. cit.

⁷³ BRASIL, 1988, loc. cit., grifo do autor.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁷⁵ SILVA, Reinaldo. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 279.

A Lei de Biossegurança visa proteger toda a humanidade e não só dos que estão lidando diretamente com as atividades da biotecnologia, haja vista a lei tratar do interesse de todos, por envolver a vida humana, à sua integridade e o meio ambiente.⁷⁶

A legislação mencionada permite o uso de embriões humanos para pesquisa, causando certo desconforto à sociedade, posto que a autorização da utilização destes embriões diz respeito à discussão de quando se dá o início da vida, o que está relacionado ao objeto de estudo da presente dissertação.

Segundo ainda o art. 3º da aludida Lei, em seu inciso XI, consideram-se células-tronco embrionárias as “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo.”⁷⁷ Ainda dispõe o art. 5º da Lei de Biossegurança:

Quanto à permissão de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia, atendidas algumas condições, quais sejam: os embriões têm de ser inviáveis; ou sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, à data da publicação da aludida Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.⁷⁸

Com efeito, na medida em que a Engenharia Genética é considerada uma ciência relativamente nova, ainda são desconhecidos todos os efeitos que a intervenção humana pode ter nas gerações futuras.

Ao tratar especificamente da Fertilização *In Vitro* (FIV) no Brasil, vale destacar a tentativa do Conselho Federal de Medicina (CFM) em preservar a conduta ética e jurídica adequada, a fim de manter o bem-estar e a segurança da humanidade, todavia, protegendo os interesses das clínicas em detrimento ao direito de conhecimento da origem genética por parte dos filhos gerados.⁷⁹

⁷⁶ BRASIL, 2005, loc. cit.

⁷⁷ BRASIL, 2005, loc. cit.

⁷⁸ BRASIL, 2005, loc. cit.

⁷⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM n. 2.121. 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 ajudarão a trazer maior segurança e

No Brasil, já foram apresentados diversos projetos de lei ao Poder Legislativo Federal acerca da RA, os quais visam a regulamentação do recurso às novas tecnologias reprodutivas no país. Contudo, a sociedade brasileira ainda não obteve uma resposta legislativa que pudesse resolver as celeumas oriundas das técnicas de RA e a proteção jurídica para os envolvidos no processo.

É imprescindível que os direitos de todos, desde o doador de sêmen até o filho gerado por material genético alheio ao de seus pais afetivos, sejam tratados de forma efetiva e razoável, para que não ocorram benefícios para uns e limitações para outros.

A polêmica com a manutenção do anonimato do doador de sêmen em contraste com o direito à identidade genética do indivíduo gerado ainda persiste, trazendo questionamentos de ordem ética, moral e jurídica.

eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

3 O ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN

As formas de reprodução humana natural ou assistida geram uma pluralidade de possíveis vínculos familiares. Com isso, várias discussões sobre o tema e suas possíveis consequências jurídicas serão abordadas, sob a ótica da Bioética e do Direito, como é o caso do anonimato do doador de sêmen.

A doação de gametas ou embriões é o ato que possibilita o exercício do direito de descendência por casais diagnosticados com infertilidade, por meio da utilização de material de bancos de sêmen ou pela transferência de embriões doados.

No Brasil, existe a Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, cujo artigo 15 proíbe vantagem econômica para tanto:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.⁸⁰

O indivíduo tem a liberdade de dispor sobre seu próprio corpo, desde que não contrarie o bom uso do mesmo, sendo vedada qualquer tipo de violência à integridade física do ser humano. Nesse mesmo sentido, assim dispõe o art. 13 do Código Civil:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.⁸¹

As clínicas especializadas em técnicas de RA também se utilizam desta previsão legal para não pagar pela doação de gametas, defendendo que o ato de doar deve ser obrigatoriamente gratuito, na medida em que a doação não deve ter caráter lucrativo ou comercial.

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁸¹ BRASIL, 2002, loc. cit.

Ocorre que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.434/1997 prevê que “para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo”.⁸²

O CFM disciplina as técnicas de fertilização por meio de resoluções, incluindo o Novo Código de Ética Médica, que defende o sigilo sobre a identidade do doador, que só poderá ser aberto em situações especiais, exclusivamente para médicos.⁸³ Além do consentimento informado de pacientes inférteis e doadores, as informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

3.1 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

No ano de 1951, foi criado o CFM, que é um órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica. Sua competência inicial reduzia-se ao registro profissional do médico e à aplicação de sanções do Código de Ética Médica.⁸⁴

Em 1992, o CFM editou a Resolução Normativa CFM n. 1.358, assegurando o sigilo dos procedimentos e a não comercialização do corpo humano e de gametas, além da redução e do descarte de embriões, permitindo apenas a seleção embrionária com fins de evitar a transmissão de doenças hereditárias.⁸⁵ Todavia, tal resolução foi ultrapassada com o advento de outras que trataram do assunto de maneira mais moderna e atualizada, também baseadas na Bioética.

Nessa ordem, a Resolução CFM 1.931/2009, conhecida como o Novo Código de Ética Médica, o qual exige que o médico trate o ser humano com civilidade ou consideração,

⁸² BRASIL, 1997, loc. cit.

⁸³ CFM. Resolução CFM n. 1.931. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 13 out. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 12 dez. 2015.

⁸⁴ CFM. **A instituição**. Brasília, DF, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20671&Itemid=23>. Acesso em: 07 jan. 2016.

⁸⁵ CFM. Resolução CFM n. 1.358. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

respeitando sua dignidade, garantindo ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.⁸⁶

Em seus artigos 15 e 16, o Novo Código de Ética Médica abriu um espaço especial para tratar e disciplinar a RA, reafirmando o caráter terapêutico dos procedimentos adotados:

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.⁸⁷

Em maio de 2013, o CFM publicou a Resolução CFM 2.013, tratando da RA e dispondo sobre vários procedimentos relacionados à doação de gametas, à RA por casais homoafetivos, ao descarte de embriões, ao útero de substituição e à seleção genética.⁸⁸

Um dos temas abordados foi a regulamentação expressa para o uso de RA por casais homoafetivos, visando pôr fim a qualquer dúvida quanto à possibilidade de utilização das técnicas de RA por eles.

⁸⁶ CFM, 2009, loc. cit.

⁸⁷ CFM, 2009, loc. cit.

⁸⁸ CFM. Resolução CFM n. 2.013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 1.957/10. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 maio 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Em território brasileiro, para ser doador de sêmen, devem ser obedecidas as regras que impõem limites tanto aos doadores quanto às clínicas especializadas, as quais precisam manter um cadastro com as informações dos doadores, mas que não podem revelar a identidade deles para os receptores e vice-versa.

O CFM editou resoluções que serão discutidas a seguir para tratar do tema no âmbito médico, entretanto, estas não podem ser consideradas legislações de caráter abstrato e não operam efeitos *erga omnes*, uma vez que não foram legitimamente elaboradas pelo Poder Legislativo, mas sim por um conselho de classe profissional.

Defende-se, portanto, que deverá ser mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Todavia, em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

A Resolução CFM 2.121/2015 versa sobre o anonimato e sobre a defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos, pretendendo trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.⁸⁹

Esse normativo considera a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la, bem como o avanço do conhecimento científico que já permite solucionar vários casos de problemas de RA e, em seu item IV, trata da doação de gametas e de sêmen.

1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

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

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).⁹⁰

⁸⁹ CFM, 2015, loc. cit.

⁹⁰ CFM, 2015, loc. cit.

Ao que parece, o CFM tem interesse em determinar que a doação de sêmen não pode ter fins lucrativos, ou seja, a comercialização de material genético deve ser vedada. O ato de doar só pode acontecer de forma supostamente altruísta, caracterizando-se como um gesto que possibilite que várias famílias possam realizar o sonho do almejado filho.

Diz-se que, com o intuito de impedir qualquer constrangimento ao doador que se propôs a ajudar o casal em concretizar o projeto familiar, é que se explica a preservação do princípio da identidade civil do doador e, por esta razão, é que tão somente os profissionais envolvidos na técnica em questão é quem devem possuir a ciência de quem seja o doador, ou em situações extremamente excepcionais.

Em relação aos outros aspectos defendidos pelas Resoluções do CFM que tratam de RA no Brasil, Nomura define que:

[...] as Clínicas de Reprodução Assistida devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Além disso, devem manter, de forma permanente, o registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, que permitirá a busca da identidade do doador quando necessário. Os bancos de gametas e embriões, na região de localização da unidade, devem evitar que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, em uma área de um milhão de habitantes, minimizando-se assim o risco de casamento consanguíneo.⁹¹

No que tange à RA heteróloga, o questionamento reside quanto ao direito ao anonimato assegurado ao doador de material genético, visando o sigilo de seus dados ante o caráter gratuito e altruísta, não estando o doador com vontade de formar família ou ter contato com este filho gerado.

O anonimato do doador é assunto controverso, pois não se definiu, ainda, até que ponto sua identidade deverá ser preservada e se esse anonimato vai de encontro ao interesse do filho concebido artificialmente.

Por derradeiro, existe o direito da criança em conhecer suas origens genéticas, ou mesmo visando à manutenção de sua saúde em busca de possíveis doenças

⁹¹ NOMURA, op. cit., p. 71.

hereditárias, como se percebe no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “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.”⁹² No entendimento de Nomura:

O sigilo da origem da filiação e o anonimato do doador se afiguram como princípios absolutos relativamente a todas as pessoas, salvo no que diz respeito à própria pessoa concebida. Na ocorrência de risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas, o sigilo deve ser quebrado, em benefício da saúde da pessoa gerada.

Portanto, o razoável é relativizar o anonimato, pois, em muitos casos, o sigilo não faz sentido, podendo colocar em risco a vida da pessoa gerada pela RA heteróloga. Outrossim, a autora esclarece que deve ser ponderado o sigilo, tendo em vista que a pessoa gerada por RA heteróloga pode não conhecer os impedimentos matrimoniais pela consaguinidade, colocando em risco a saúde de seus descendentes.⁹³

Embora exista uma preocupação do CFM quanto à normatividade da RA, a tutela por meio de resoluções ainda é insuficiente para garantir a segurança dos procedimentos médicos, principalmente no que tange aos aspectos contratuais da doação e recepção, além da garantia irrestrita do anonimato dos envolvidos, sem levar em conta o direito à dignidade e personalidade do ser gerado.

O questionamento também reside no fato de que o contrato de doação de sêmen deve ser gratuito, ou seja, o ato de doar não deve ter caráter lucrativo ou comercial, enquanto que o contrato de recepção de sêmen – celebrado entre as clínicas e os pacientes inférteis –, é oneroso, mediante o pagamento pelo serviço de fertilização.

3.2 CONTRATO DE DOAÇÃO DE SÊMEN

O ato de doar sêmen que, inicialmente, pode parecer algo simples e de caráter altruísta, possui diversos aspectos jurídicos que devem ser abordados, como os

⁹² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

⁹³ NOMURA, op. cit., p. 71.

pertinentes à paternidade, bem como a responsabilidade civil advinda do contrato celebrado entre as partes envolvidas neste processo:⁹⁴

Deve-se ressaltar que, muito embora as pessoas envolvidas nestes procedimentos tenham amplos conhecimentos das técnicas médicas, não têm muito claro para si que a ligação entre os sujeitos da relação se dá pela via contratual, gerando efeitos, inclusive, de responsabilidade civil.⁹⁵

Ao que parece, a ânsia de realizar o sonho de ter filhos acaba camuflando os aspectos contratuais envolvidos no procedimento de fertilização, fazendo com que os receptores não priorizem o debate das cláusulas do contrato que será assinado e fará lei entre as partes.

Por outro lado, também parece não haver uma preocupação dos doadores em questionar os termos do contrato de doação de sêmen, sem cogitação de possíveis efeitos jurídicos deste ato.

Barbosa esclarece ainda que “se inicia a relação jurídica contratual entre o doador de sêmen e a instituição médica no momento em que aquele se dispõe a doar seu sêmen ao centro tecnológico”, reafirmando os aspectos contratuais da RA.⁹⁶

Nesse passo, independente do motivo do ato do doador de sêmen ou das questões econômicas, mantém-se a denominação da relação entre doador e a clínica como sendo “doação”, sendo conhecida como contrato de doação de sêmen.⁹⁷

O contrato é um vínculo jurídico, por meio de instrumento escrito ou verbal, celebrado entre as partes que emitem suas vontades em formalizar um acordo entre elas. Segundo Miranda “contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos.”⁹⁸

⁹⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. **Seara Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 9, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/7207372-Aspectos-juridicos-da-doacao-de-semen-1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016, p. 44.

⁹⁵ BARBOSA, 2013, loc. cit.

⁹⁶ Ibid., p. 45.

⁹⁷ Ibid., p. 46.

⁹⁸ MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral do Contrato. **Revista Virtual Direito Brasil**, [S.l.], v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016, p. 2.

A autora assevera que nenhuma pessoa será obrigada a celebrar contratos contra sua vontade, haja vista que, de acordo com a teoria geral dos contratos, a autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública e a obrigatoriedade contratual são as características principais para torná-los válidos.⁹⁹

O princípio da autonomia da vontade pode ser compreendido com a capacidade das partes estipularem livremente, sem pressão, de acordo com suas conveniências, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos jurídico. Nesse passo, Diniz assevera que:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.¹⁰⁰

A autonomia da vontade tem um caráter subjetivo, na medida em que cada ser humano tem suas perspectivas, de forma individual, mas só pode realizá-las, contratualmente, desde que haja consentimento da autonomia da vontade da outra parte envolvida.

Diniz entende que a autonomia envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitado pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.¹⁰¹

Todavia, este princípio não é mais absoluto, na medida em que a supremacia da CF/88 tem mitigado alguns valores cíveis, importando na preocupação com os efeitos jurídicos na sociedade, sendo este um processo denominado de constitucionalização do Direito Civil. Nas palavras de Schalcher:

Um fenômeno denominado constitucionalização do Direito Civil tem mudado a ideia que era mantida de que o 'Direito Civil é a Constituição do Direito Privado'. Tem-se que esclarecer, que o Direito Civil não tem mais tal autonomia e deve ser interpretado à luz da Constituição Federal que é a Lei

⁹⁹ Ibid., p. 3.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 30.

¹⁰¹ Ibid., p. 8.

Maior, pois matérias antes tratadas apenas civilmente têm ganhado previsão constitucional. Os fundamentos de validade jurídica do Direito Civil devem ser extraídos da Constituição.¹⁰²

Assim, caso os valores constitucionais não sejam observados nas relações jurídicas de Direito Privado, como é o caso do Direito Civil, ocorrerá um esmagamento dos direitos mais importantes para o ser humano, inerentes à sua dignidade. Portanto, se faz necessário um suporte do Direito Constitucional para conduzir as questões cíveis, como acrescentam Gagliano e Pamplona Filho:

Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.¹⁰³

O fato é que, com a constitucionalização do Direito Civil, têm-se inúmeras vantagens, pois, por exemplo, com o respeito aos direitos fundamentais da pessoa, a dignidade da pessoa humana passou a ocupar um primeiro plano. Assim, destaca-se a importância da função social do contrato. No entendimento de Silva, “o declínio do direito individual fez surgir o direito social, e entre os seus princípios está o da função social da propriedade e do contrato, com foco na promoção do bem-estar comum e dos interesses sociais para uma sociedade livre e justa.”¹⁰⁴

Cumprido salientar que a liberdade do indivíduo é um direito fundamental assegurado pela CF/88, todavia, o bem-estar da coletividade não pode ser suprimida em favor apenas da vontade de uma ou algumas pessoas. O art. 421 do Código Civil dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”¹⁰⁵

¹⁰² SCHALCHER, Tayana Wood. Constitucionalização do Direito Civil. **DireitoNet**, [S.l.]. [2007?]. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6341/Constitucionalizacao-do-Direito-Civil>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.

¹⁰⁴ SILVA, Lígia Neves. O princípio da função social do contrato: conteúdo e alcance – análise econômica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9128>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹⁰⁵ BRASIL, 2002, loc. cit.

É razoável incorporar a ideia de que, apesar de o contrato ter caráter de direito privado e fazer lei apenas entre as partes contratantes, seus efeitos jurídicos extrapolam esses limites e interferem na vida e no destino de outras pessoas alheias à celebração do contrato. Destarte, afirmam Tepedino, Barboza e Moraes que:

A função social é aqui definida textualmente como a razão da liberdade de contratar. Disto decorre poder-se afirmar que a funcionalização constitui dado essencial à situação jurídica, qualifica-a em seus aspectos nucleares, em sua natureza e disciplina. Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social.¹⁰⁶

Portanto, é necessário romper as barreiras da visão individual do contrato, pautada na autonomia da vontade dos contratantes, incentivando a preocupação com as consequências jurídicas na sociedade, como é o caso do contrato de doação de sêmen aqui em estudo.

Questiona-se qual a vantagem do anonimato do doador de sêmen, então defendido pelo CFM e confirmado nos instrumentos contratuais, para os filhos gerados pela RA heteróloga e que não terão direito a conhecer sua identidade genética/biológica, sendo uma determinação impressa pelo contrato celebrado alheio à sua vontade. Leia-se o item IV, 2 e 4 da Resolução CFM 2.121/2015:

2-Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. [...]
4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).¹⁰⁷

Caso a repercussão jurídica recaísse apenas na vida das partes contratantes, não haveria o que questionar, todavia, o interesse do filho gerado e seus direitos de personalidade e dignidade seriam lesados ao calor dos termos dos contratos realizados entre o doador de sêmen, a clínica especializada e o casal receptor.

¹⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

¹⁰⁷ CFM, 2015, loc. cit.

Ademais, o contrato de doação de sêmen não pode ter caráter econômico, ao passo em que o contrato em que a clínica celebra com os receptores ser sempre oneroso e com valores vultosos, características dos tratamentos de infertilidade, no Brasil. O item IV, 1 da Resolução CFM 2.121/2015 “prevê que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”¹⁰⁸ Robertson, estudioso norte americano, entende que:

Se o ser humano é livre? Por que não pactuar uma retribuição? Proibir os pagamentos pode interferir com a possibilidade de um casal obter um embrião e desta forma infringir sua liberdade procriativa. A menos que a venda esteja conectada com um dano atingível para outras pessoas, a ofensa moral ou simbólica que algumas pessoas podem encontrar em tais transações não é base sólida para restringir a liberdade procriativa mediante a proibição da venda de embriões.¹⁰⁹

É razoável questionar o motivo da gratuidade do ato de fornecer material genético, impedindo o doador de obter vantagem com seu material genético que, quando doado, não causa prejuízo algum ao seu corpo físico.

Então, o doador não pode ter vantagem alguma, ao passo que as clínicas de fertilização, amparadas legalmente, usando material doado e sem dispendir nenhuma quantia, conseguem lucrar bastante, tendo em vista os tratamentos serem muito caros.

Para debater esta desigualdade entre as partes, o princípio da justiça deve ser invocado, a fim de ser sanado qualquer tipo de discriminação de oportunidades das partes envolvidas, quais sejam, os doadores e as clínicas.

No contrato de doação de sêmen, pode-se dizer que o doador é o pai biológico e a clínica especializada é a donatária, constituindo-se os sujeitos contratuais. Todavia, existem exigências para alguém ser e realizar a transferência do seu material genético, quer seja de origem legal ou de ordem médico-sanitária.¹¹⁰

¹⁰⁸ CFM, 2015, loc. cit.

¹⁰⁹ ROBERTSON, 1998 apud BARBOSA, op. cit., p. 50.

¹¹⁰ BARBOSA, op. cit., p. 47.

Então, para ser doador de sêmen, o indivíduo terá que cumprir requisitos como saúde física e mental, boa qualidade do sêmen, ausência de doenças graves hereditárias, dentre outros. Nas palavras de Barbosa:

No Brasil já é exigida pela Resolução nº 1358/92 do conselho Federal de Medicina, a submissão do doador a exames para averiguação de suas condições médicas, de tal sorte que a utilização deste esperma não propicie “risco grande de saúde para pacientes ou para o possível descendente”, item 2, da resolução nº 1358/92 do CFM.¹¹¹

A Resolução CFM 2.121/2015 segue no mesmo sentido, prevendo ainda que a idade máxima do doador de sêmen deve ser de 50 anos, conforme o item IV, 8. Por fim, não será permitido que médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participem como doadores nos programas de RA.¹¹² O estado civil do doador também será um dado importante neste contrato:

Alguns aspectos devem ser considerados, como por exemplo:
a) se casado, deve o doador para realizar o ato, ter o consentimento da esposa; se afirmativa essa resposta, teriam, portanto, preferência, os homens solteiros, vez que não existiria o empecilho da outorga da esposa;
b) se solteiro, pode-se colocar em dúvida a fertilidade e até mesmo a seriedade do ato donativo quanto as suas motivações pessoais.¹¹³

Por fim, a forma para o doador expressar sua vontade deve ser, necessariamente, a escrita. Para explicitar a autonomia da vontade, o doador deverá assinar o contrato, declarando a ciência e a concordância com os termos do contrato.

No que diz respeito aos tratamentos de fertilidade surge outro contrato celebrado, no qual uma das partes é a clínica especializada, qual seja, o contrato de recepção de sêmen.

¹¹¹ BARBOSA, 2013, loc. cit.

¹¹² CFM, 2015, loc. cit.

¹¹³ BARBOSA, op. cit., p. 48.

3.3 CONTRATO DE RECEPÇÃO DE SÊMEN

Com vistas à superação do diagnóstico de infertilidade, os casais procuram centros de RA e não há como negar os aspectos jurídicos advindos do acordo feito entre os pacientes e a clínica. O fato é que, na busca incessante pela realização do sonho de ter filhos, muitas vezes o casal não se preocupa com possíveis consequências jurídicas que cercam a RA heteróloga.

Antes de tudo, Barbosa esclarece que há a distinção entre o contrato de doação de sêmen e o contrato de recepção de sêmen, eis que o primeiro trata do ato altruísta do homem fértil que doa seu material genético, enquanto o último é o consentimento do casal que irá ser fecundado pela clínica de RA.¹¹⁴ No que tange ao contrato de recepção de sêmen, o autor afirma que:

[...] as relações entre o casal receptor do sêmen e o centro médico são regidas através de um instrumento contratual, o qual chamamos de contrato de recepção de sêmen. De igual forma, vale dizer, há ainda o contrato de doação de sêmen (firmado entre doador – terceiro – e centro médico).¹¹⁵

Convém destacar que, de acordo com a Resolução CFM 2.121/2015, na RA heteróloga, as consequências jurídicas para as mulheres que são solteiras ou que tenham união homoafetiva são completamente distintas das mulheres casadas, sendo, neste último caso, imprescindível o consentimento do marido/companheiro para a realização do procedimento.¹¹⁶

Importante registrar que o consentimento do marido deverá ser escrito e vai muito além de um simples ato contratual, mas se caracteriza, sobretudo, pela impossibilidade de renunciar a paternidade, no futuro, alegando que a criança gerada não é seu filho biológico.

¹¹⁴ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. **Seara Jurídica**, Salvador, v. 1, n. 7, p. 14-28, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2012_1/searajuridica_2012_1_pag14.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016, p. 15.

¹¹⁵ BARBOSA, 2012, loc. cit.

¹¹⁶ CFM, 2015, loc. cit.

Assim, o consentimento aqui mencionado não deve constituir mera autorização, posto que deverá possuir, ainda, conteúdo de renúncia a uma futura ação negatória de paternidade. Ewerlöf assim descreve:

Essa natureza dúplice se justifica como forma de evitar o que ocorreu em um julgado de 1983, do Tribunal Supremo Sueco, no qual um homem que havia dado consentimento para proceder-se à inseminação em sua mulher, posteriormente exigiu e obteve do Poder Judiciário a declaração de que não era o pai da criança nascida.¹¹⁷

Considerando que, de acordo com a legislação civil pátria, contrato é a manifestação de vontade das partes, com fins em comum e legais, inegável a natureza contratual do acordo celebrado entre o casal e a clínica.

O aspecto mais importante e então questionado é que uma das características do contrato de recepção de sêmen é a onerosidade. O casal paga uma quantia para ser fecundado, ao passo em que a clínica se compromete a prestar um serviço médico seguro e de qualidade, utilizando um material genético que lhe foi doado. Nas linhas de Barbosa:

Considerando as características do contrato de recepção de sêmen, e em face da onerosidade (advinda da possibilidade de os centros médicos cobrarem pelos serviços), é razoável pensar que o referido contrato se assemelha a uma cessão de direitos em relação ao material genético, somado à prestação de serviços (inseminação do material genético na mulher).¹¹⁸

Não é razoável que a pessoa não possa disponibilizar de seu próprio corpo, não podendo auferir vantagem financeira com seu material genético, enquanto as clínicas podem comercializar material humano que sequer pagou o valor devido, já que terá lucros quando os utilizar para fecundar casais inférteis.

Contrariando o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal Brasileira, a legislação e o Conselho Federal de Medicina, ao que parece, tentam defender apenas aspectos que geram segurança jurídica e econômica para a classe médica, como será aduzido a seguir.

¹¹⁷ EWERLÖF, 1987, p. 10 apud BARBOSA, op. cit., p. 16.

¹¹⁸ BARBOSA, 2012, loc. cit.

3.4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ANONIMATO

No Brasil, a ausência de leis específicas sobre as repercussões jurídicas advindas da RA heteróloga gera insegurança para o doador que, então, prefere se manter no anonimato, o que não seria necessário se as normas pátrias limitassem suas obrigações em casos em que fosse reconhecido.

Diniz aponta um dos problemas: “suponhamos que o legislador envereda pela tese do anonimato do doador. Caso o esperma conservado sirva para fecundar artificialmente várias mulheres, não poderá haver o risco futuro de casamentos consanguíneos?”¹¹⁹

No Brasil, a fim de evitar o casamento entre irmãos, foi definido um limite territorial para fecundação com material de doador, conforme a resolução CFM 2.121/2015: “6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.”¹²⁰

Contudo, não parece ser suficiente para evitar tais relacionamentos, eis que não existe limite para que o doador possa realizar seu ato donativo, ou seja, o risco de meio-irmãos, e até mesmo pai e filha se casarem, não seria uma realidade tão distante ou impossível.

Vive-se em um mundo em que a comunicação entre as pessoas ultrapassa os limites territoriais, haja vista as redes sociais possibilitar conhecer e se apaixonar por pessoas em qualquer lugar do planeta, ainda mais dentro de um mesmo país.

Outrossim, no caso do doador ter sua identidade revelada aos filhos gerados por RA heteróloga, outras obrigações jurídicas surgiriam, tanto de natureza familiar quanto sucessórias, tais como direito de filiação, direito à afetividade, direito à herança, dentre outros.

¹¹⁹ DINIZ, 1992 apud BARBOSA, 2013, p. 51.

¹²⁰ CFM, 2015, loc. cit.

O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados, no qual o filho é titular do estado de filiação, ao passo em que os pais são titulares do direito de paternidade e de maternidade em relação ao filho.

De acordo com a ordem patrimonial, podem-se verificar inúmeras consequências jurídicas decorrentes do vínculo da filiação, sendo as principais a obrigação de alimentar e o direito à vocação hereditária, como dispõe o ECA:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.¹²¹

Ao analisar a letra fria da lei, alguns doutrinadores defendem a ideia de que é direito do filho ajuizar ação de investigação de paternidade biológica quando houver necessidade psicológica, para observar os impedimentos matrimoniais e para preservar a saúde do filho e dos pais biológicos.

Com a evolução do Direito de Família, a rigidez do direito de filiação se esvaziou na medida em que os aspectos de afetividade superam os aspectos biológicos e genéticos, haja vista a paternidade e a maternidade pertencerem a quem presta assistência emocional ao filho gerado.

Leite defende que “a paternidade não mais se estabelece exclusivamente sobre um suporte biológico, como sempre se entendeu, mas também sobre um suporte psicossocial e afetivo.”¹²²

De fato, geneticamente, o filho será relacionado ao doador, contudo, é inegável que o processo de filiação em nada possui relação com o caráter biológico. Ter um filho se relaciona ao fato de desejá-lo e de se envolver em sua criação. Justamente por isso

¹²¹ BRASIL, 1990, loc. cit.

¹²² LEITE, 1997 apud NAMBA, op. cit., p. 145.

é que os homens que optam pela adoção de sêmen são os verdadeiros pais da criança.

O que é importante deixar claro é que, atualmente, o Direito defende que as relações familiares devem ser norteadas pelas relações de afetividade. O fato de um indivíduo ser gerado em uma família, sendo acolhido e cuidado por ela, não o mantém ligado ao pai biológico, em caso de adoção ou FIV heteróloga.

Os pais afetivos têm o direito de exercer o seu pátrio poder de forma irrestrita, sempre buscando o melhor interesse de seu filho, não tendo o desejo de ter outro pai interferindo nas relações familiares. O único desejo era formar a família e ter o poder de decisão sobre ela.

O moderno Direito de Família tem como base fundamental o princípio da afetividade, eis que a ligação emocional se faz forte nas relações familiares. Nesse passo, Gagliano e Pamplona Filho esclarecem que “mas o fato é que o amor – a afetividade – tem muitas faces e aspectos, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida.”¹²³

Portanto, o que define a paternidade não são apenas os laços biológicos, como, principalmente, os laços afetivos, não sendo a consaguinidade a determinante do poder familiar exercido pelos pais.

Nesse sentido, a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, também se manifestou quanto à afetividade familiar, quando assim dispôs em art. 5º, II: “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.”¹²⁴

¹²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo **Novo curso de Direito Civil – Direito de Família**: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o

Pensar que, ao se submeterem a um tratamento de infertilidade, utilizando material genético de outrem, os fariam ser escravos de opiniões e influências do doador, a maioria dos casais talvez se conformasse com a não realização de procriar.

Por outro lado, submeter o doador de sêmen a assumir a paternidade dos filhos gerados em outros casais causaria insegurança, na medida em que o ligaria a várias famílias e o responsabilizaria por esses filhos, o que não faz sentido.

Vale ressaltar que a CF/88, em seu artigo 226 (que já foi descrito no capítulo dois), estabelece os fundamentos do estado de filiação geral e que não se resumem à filiação biológica.¹²⁵

O direito à convivência familiar, e não à origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente. Assim, no caput do artigo 227, a Carta Magna determina que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹²⁶

Atualmente, o Direito se modernizou e a família deve ter uma acepção civil-constitucional, devendo ser ampliadas as interpretações, na medida em que a família deve existir em função do bem-estar de seus membros, pautada na afeição, na igualdade, no cuidado e na dignidade.

Nesse passo, o próprio Direito Civil tentou acompanhar as evoluções sociais e jurídicas geradas pelas técnicas de RA, motivo pelo qual o tema foi inserido no Código Civil de 2002.

Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹²⁵ BRASIL, 1988, loc. cit.

¹²⁶ BRASIL, 1988, loc. cit.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.¹²⁷

Entende-se então que, no caso de inseminação artificial ou FIV heteróloga, a lei civil pátria reconhece a filiação, desde que haja o consentimento do marido, na medida em que este último não será obrigado a reconhecer a paternidade da criança que afetivamente não desejou.

Não faz sentido reconhecer qualquer tipo de parentesco entre o pai biológico e o filho nascido da RA heteróloga, tendo em vista que a paternidade se estabelece segundo outras bases, devendo prevalecer a afetividade.

Destarte, devem-se ater aos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, como se pode aferir do art. 227 da CF/88 mencionado alhures, bem como do art. 3 do ECA:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.¹²⁸

Portanto, a defesa pelo anonimato do doador de sêmen não encontra fundamento no direito à filiação, eis que ele só tem a relação genética com essa criança e não afetiva. Caso o anonimato seja rompido, esse direito à filiação não se aplicaria à situação de

¹²⁷ BRASIL, 2002, loc. cit.

¹²⁸ BRASIL, 1990, loc. cit.

RA heteróloga por ausência do requisito de afetividade, que rege as relações no Direito de Família.

Por conseguinte, também não deve prosperar a ideia que o doador de sêmen tem o direito de prestar afetividade, eis que seu ato teve intuito restritamente biológico e terapêutico para casais inférteis.

Ainda que não seja expresso, o conceito de família não é inflexível e não possui uma única forma de manifestação, sendo sua base principal o afeto, tanto que o princípio da afetividade não é apenas um fato da vida, psicológico ou sociológico, como se aduz do art. 226 da CF/88.¹²⁹

A família atual é constituída não por laços de sangue, mas sim por laços de afeto, caracterizando-se por ser uma união afetiva, cujo intuito é a fortificação e o crescimento da unidade familiar, na qual homem e mulher constroem igualdades de valores, princípios, oportunidades e direitos, como bem pondera Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações à qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.¹³⁰

Atualmente, no Brasil, tem sido ajuizadas muitas ações que pedem indenização por ausência de afetividade dos pais. Tratam-se, portanto, da admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo, em que o Poder Judiciário impõe indenização a favor do filho, em face do pai que o abandona moralmente.

As funções afetivas da família são valorizadas, sendo o fenômeno social da família conjugal, nuclear ou de procriação, posto que o que mais importa aqui é a intensidade das relações entre seus membros, o que não se aplica ao pai biológico que apenas doou seu sêmen.

¹²⁹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 62.

¹³⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil, volume 7**: Direito de Família. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

A família contemporânea tem como base o amor e o afeto, e o centro de sua definição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. Para Gomes, “Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.”¹³¹

Na verdade, quem tem a obrigação de prestar assistência e afeto aos filhos são aqueles que exercem o poder familiar, independente do vínculo genético. Seria absurdo atribuir o dever de afeto àquele que só teve participação em doar o material indispensável para que o casal pudesse procriar e cuidar de seus filhos.

Não há o que se discutir sobre afetividade de pai biológico, eis que essa questão já foi superada pelo moderno Direito de Família, razão pela qual esvazia a argumentação de quem defende o anonimato na RA heteróloga.

Outro direito que se alega gerar com o conhecimento da identidade do doador seria a obrigação de alimentos. A obrigação alimentar é disciplinada por lei, com fulcro na solidariedade familiar, pela qual estão os parentes obrigados a prestarem-se assistência mútua, de forma a viverem de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atenderem às necessidades básicas. Contudo, quando a obrigação alimentar se relaciona com o doador de sêmen, Gagliano e Pamplona entendem que:

Há situações, porém, em que a origem genética não deve, de forma alguma, gerar responsabilidade por alimentos ou qualquer outra prestação, como, por exemplo, na doação de esperma (ou de gametas) na fecundação artificial independente (somente a mulher assumindo a maternidade) ou hetórologa.¹³²

¹³¹ GOMES, 2001, p. 1 apud CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos: dos deveres constitucionais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005. p. 433-445. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=JMmHbOqbqiMC&pg=PA434&lpg=PA434&dq=%22Direito+de+Fam%C3%ADlia+%C3%A9+o+conjunto+de+regras+aplic%C3%A1veis+%C3%A0s+rela%C3%A7%C3%B5es+entre+pessoas+ligadas+pelo+casamento,+pelo+parentesco,+pela+afinidade+e+pela+ado%C3%A7%C3%A3o%22&source=bl&ots=IRb3CrNltx&sig=2nQyFJQI9EQDSNzxY5UzKHLEaeE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjA2vW1zMnOAhXDH5AKHbJKAocQ6AEIHDAA#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 abr. 2016, p. 434.

¹³² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 645.

No novo e atual Direito de Família, a sócio afetividade é quem determina os direitos e obrigações jurídicas nos diversos tipos de formações familiares, desconsiderando o caráter biológico e genético como determinante para o dever de sustento.

Caso existisse uma obrigação legal imposta aos doadores de sêmen em alimentar possíveis filhos gerados e nascidos em seio familiar diverso, seria desestimulante o ato dos mesmos em doar material genético para a reprodução de casais inférteis, além do temor financeiro em não conseguir arcar com essas responsabilidades.

No que tange aos direitos sucessórios, que podem ser considerados desdobramentos do Direito de Família, a afetividade também é determinante para consagrar a ordem de vocação hereditária, superando, inclusive, as questões biológicas e genéticas.

Segundo Albuquerque Filho, em sendo a técnica de RA heteróloga empregada na vigência da união estável ou do casamento, pela presunção da filiação ou por sua aceitação via consentimento para a aplicação das técnicas, os filhos concorrem à herança deixada pelo *de cuius* nos mesmos moldes dos filhos naturalmente concebidos, vez que inexistente discriminação dos filhos quanto a seus direitos tendo como fundamento a origem da filiação.¹³³

O consentimento do marido à sua esposa em autorizar que ela insemine material genético de um terceiro anônimo deve ser dotado de certezas, pois, futuramente, ele não pode ser desfeito. Isso seria suficiente para garantir que o filho gerado com material genético do doador só teria direito à herança deixada pelos pais afetivos, demonstrando que não há razões para sustentar o anonimato.

Pelo contrário, existem riscos de impedimentos matrimoniais, bem como situações de necessidade de doação de órgãos compatíveis para salvar a vida do indivíduo. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho asseveram que:

¹³³ ALBUQUERQUE FILHO, 2006 apud PESSOA, Thays. A filiação por inseminação artificial homóloga "post mortem" e a (im) possibilidade de suceder. **Jusbrasil**, [S.l.], 2013. Disponível em <<http://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Se houver o total desconhecimento da origem genética, é possível pelas circunstâncias da vida, pessoas despertem para o amor e, depois, descubram que são irmãos. Ou, em situações de necessidade de doação de órgãos, a busca por alguém compatível geneticamente possa significar a diferença entre a vida e a morte. Mas isso seria retroceder na paternidade socioafetiva? De forma alguma.¹³⁴

Os autores entendem ainda que “a ideia é apenas do conhecimento específico de quem seja o material genético, como forma de preservação de interesses superiores, também decorrentes da formação genética do indivíduo.”¹³⁵

Na verdade, o fim do anonimato e a possibilidade de conhecimento da identidade genética não pode ser considerado um mero desejo, mas sim o respeito aos direitos de personalidade, inerentes ao ser humano.

O direito ao conhecimento da identidade genética faz parte do aspecto psíquico do ser humano e, portanto, deve ser respeitado em nome ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, ter ciência da identidade genética nada tem a ver com a cobrança de afetividade ou qualquer outro tipo de obrigação por parte do pai biológico, no caso, o doador de sêmen.

¹³⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 646-647.

¹³⁵ Ibid., p. 647.

4 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Os temas relacionados à RA demonstram importância, sobretudo, quanto à necessidade de encontrar soluções no âmbito jurídico para que os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana sejam respeitados.

A RA heteróloga é aquela em que se utiliza material genético de doador, estranho à relação familiar, sendo trazida a discussão a respeito da criança gerada por meio deste procedimento em conhecer a sua origem genética.

Ainda existem muitas posições favoráveis ao anonimato do doador, principalmente no que se refere à possibilidade de vínculo jurídico paterno-filial. Leite justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.¹³⁶

O autor, portanto, defende o anonimato do doador e, ainda, aduz que, se a identidade do doador for revelada, este pode pedir uma reparação civil aos responsáveis pelos danos a ele acarretados. Para ele, o anonimato não põe em risco a autonomia do poder familiar.¹³⁷

Gagliano e Pamplona Filho defendem que “parece-nos fundamental tecer consideração sobre a diferença jurídica da paternidade biológica e o reconhecimento judicial do direito à ascensão genética”.¹³⁸

¹³⁶ LEITE, 1995, p. 145 apud MORALES, Priscila de Castro. **O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida**. 2007. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016. p. 10.

¹³⁷ Ibid., p. 11.

¹³⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 646.

Nesse ínterim, urge o direito do filho, gerado por técnicas de RA heteróloga, de apenas conhecer sua identidade genética, relacionado ao seu direito de personalidade, o que não se pode confundir com o direito/obrigação de reconhecimento de paternidade do doador. Para explicar o fundamento do direito à identidade genética, Ferraz explana que:

Consiste em saber sua origem, sua ancestralidade, suas raízes, de entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, conhecer a bagagem genético-cultural básica. Conhecer sua ascendência é um anseio natural do homem, que busca saber, por suas origens, suas justificativas e seus possíveis destinos. Não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, pela importância enquanto direito de personalidade.¹³⁹

Outrossim, a autora ainda esclarece que:

Na maioria das vezes, pretende-se ter acesso à origem genética por questões psicológicas, pela necessidade de se conhecer. Em certos casos concretos, o fato de não se saber de onde veio, do ponto de vista biológico, pode comprometer a integração psíquica da pessoa.¹⁴⁰

A vontade de ter acesso a informações biológicas é inerente a todo ser humano, sendo de fundamental importância para a pessoa, tanto dos pontos de vista psicológico, sociológico, médico como o jurídico.

Ademais, outro aspecto polêmico é que os doadores são anônimos e sigilosos tão somente para os receptores, pois os médicos responsáveis pela coleta e armazenamento não os desconhecem.

Ao que parece, as clínicas especializadas são as únicas beneficiadas com o anonimato do doador eis que, além do lucro advindo com as técnicas de RA utilizando material genético que nada lhes custou, também são as únicas que têm acesso à identidade tanto dos doadores como dos receptores.

Assim, as consequências mais complexas do anonimato incidem sobre a vida dos doadores, dos receptores e dos filhos gerados, e não das clínicas, eis que o

¹³⁹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 132.

¹⁴⁰ Ibid., p. 134.

conhecimento da origem genética se faz necessário, tendo em vista a indispensável necessidade de cada indivíduo saber a sua própria história biológica.

O conhecimento da origem genética não apenas evita problemas genéticos de saúde e os casos de doenças que somente são solucionáveis por meio de compatibilidade consanguínea, como também impede o casamento ou união entre ascendentes e descendentes e, até mesmo, entre irmãos.

O que está em voga são os direitos de personalidade e a dignidade do ser humano, devendo superar os interesses econômicos das clínicas especializadas em RA, como será demonstrado doravante.

4.1 DIREITO DE PERSONALIDADE

Com a evolução da RA, fez-se necessário repensar alguns conceitos jurídicos, na medida em que as consequências advindas deste contexto trazem situações ainda não pacificadas e definidas pelos estudiosos do tema, como é o caso dos direitos de personalidade.

Diniz defende que o embrião ou o nascituro, quer seja em vida intrauterina quer seja *in vitro*, possui personalidade jurídica formal, pertinentes ao direito de personalidade consagrados pela CF/88, adquirindo a personalidade material quando nascer com vida.¹⁴¹

Os direitos de personalidade são inerentes à razão da existência de todo ser humano, sendo de natureza personalíssima e irrenunciável. É a confirmação do ser como pessoa, cuja importância é atribuída e defendida pelo Direito.

No entendimento de Moraes, “os direitos da personalidade são aqueles em que o bem tutelado não é externo à pessoa, mas intrínseco a ela, referindo-se aos seus atributos

¹⁴¹ DINIZ, 2014, p. 113-114.

essenciais e às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal.”¹⁴²

Apesar de haver conflitos doutrinários para conceituar e definir os direitos de personalidade, a autora completa que:

Esses são direitos dotados de generalidade, isto é, são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estar vivo, ou pelo único fato de ser; extrapatrimoniais, uma vez que são insuscetíveis de avaliação econômica, embora sua lesão possa causar efeitos patrimoniais; absolutos, porque se impõe à coletividade o dever de respeitá-los; indisponíveis, pois seu titular não pode deles dispor, sendo, portanto, também irrenunciáveis e impenhoráveis; imprescritíveis uma vez que uma lesão a um direito da personalidade não enseja perecimento da pretensão ressarcitória ou reparadora; por fim, são também intransmissíveis, extinguindo-se com a morte do seu titular, uma vez que têm caráter personalíssimo.¹⁴³

Ao adquirir a personalidade, o indivíduo passa a ser sujeito de direitos e obrigações, sendo que os primeiros se desdobram em direito à vida, à identidade, à liberdade, à dignidade, à origem genética, dentre outros que são de valores fundamentais.

O Direito não deve apenas proteger o patrimônio, mas sim a essência do homem, sendo que Gagliano e Pamplona Filho definem “os direitos de personalidade como aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”¹⁴⁴

Por uma questão doutrinária, os direitos de personalidade foram desdobrados em dois segmentos, quais sejam o primeiro, que se refere à integridade física do ser humano (vida e corpo), enquanto que o segundo é relativo à integridade psíquica (à honra, ao nome, à identidade, à imagem, dentre outros).

São direitos que têm projeções na esfera física, mental e moral do ser humano, motivo que lhes atribui características peculiares, ou seja, são direitos absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios.

¹⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela da personalidade no ordenamento civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37.

¹⁴³ Ibid., p. 38

¹⁴⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 135.

O caráter absoluto se concretiza quando ele opera efeito *erga omnes*, na medida em que deve ser respeitado por toda a sociedade e não apenas pelas partes que estão envolvidas na relação jurídica.

A característica da generalidade se dá porque basta nascer ser humano, independente de qualquer circunstância, que o direito de personalidade já se materializa para o indivíduo. Não poderá haver distinções entre as pessoas, pois todas terão a personalidade atribuída pelo Direito.

Consoante Gagliano e Pamplona Filho, “uma das características mais evidentes dos direitos puros da personalidade é ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que sua lesão não gere efeitos econômicos.”¹⁴⁵

Pode-se dizer, ainda, que os direitos de personalidade são indisponíveis, na medida em que o Direito não permite ao ser humano abrir mão de sua proteção enquanto pessoa.

A indisponibilidade impede que o indivíduo renuncie, aliene, doe ou transfira seus direitos enquanto ser humano, eis que a personalidade alcançou um status diferenciado dentre os direitos de natureza privada, tratando-se de um direito personalíssimo.

Nesse sentido, leia-se o art. 11 do Código Civil: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”¹⁴⁶

A imprescritibilidade se refere ao prazo entre o início e o fim dos direitos de personalidade, que não se esgota pelo não uso.¹⁴⁷ A pessoa será reconhecida como tal desde o início da vida até a sua morte, eis que não se impõe prazo para a existência do ser humano, por se tratar de uma questão que não pode ser controlada pelo Direito.

¹⁴⁵ Ibid., p. 146.

¹⁴⁶ BRASIL, 2002, loc. cit.

¹⁴⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 149.

Os direitos de personalidade também são impenhoráveis, na medida em que não podem ser frustrados nem limitados em face de uma possível dívida adquirida pelo seu titular. Por não ter caráter patrimonial, não poderá ser penhorado em nenhuma circunstância.

Na compreensão da vitaliciedade, Gagliano e Pamplona Filho entendem que “os direitos de personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde o seu nascimento até a sua morte.”¹⁴⁸ Contudo, muitas vezes se projetam *post mortem*, como é o caso da proteção contra a violação de cadáver e dos direitos autorais.

Ademais, caso a honra ou o nome do indivíduo sejam feridos após seu óbito, seus herdeiros poderão tomar medidas, inclusive judiciais, para punir quem o lesou indevidamente.

Por serem direitos fundamentais, apesar de terem outras denominações em outros países, os direitos de personalidade devem ser assegurados pelo Estado, para que não sejam violados por ação nem por omissão.

Nesse sentido, o Código Civil brasileiro prevê em seu artigo 21 que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”¹⁴⁹ Ao tratar dos direitos de personalidade, Nicolodi esclarece que:

Em apertada síntese, é possível aduzir-se que a teoria dos direitos da personalidade, assim como suas formas de tutela, evoluíram progressivamente à exata medida que se desenvolveram as ideias de valorização da pessoa humana, sendo que os direitos da personalidade adquiriram tanto mais revelo quanto se distinguiu, na pessoa humana, o elemento incorpóreo da dignidade.¹⁵⁰

¹⁴⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, loc. cit.

¹⁴⁹ BRASIL, 2002, loc. cit.

¹⁵⁰ NICOLODI, Márcia. Os direitos de personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 134, nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4493/os-direitos-da-personalidade/2>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Em que pese o fato de os direitos de personalidade já terem sido mencionados em outras normas brasileiras, foi a CF/1988 que acolheu e defendeu a personalidade do ser humano, assegurando sua dignidade, sua honra e sua integridade física, sendo, então, abordada pelo Código Civil de 2002, posto que o de 1916 não os mencionava.

A hermenêutica moderna requer interpretações mais complexas e que extrapolem os limites conceituais e inflexíveis das normas. Nesse sentido, discutir sobre direito à identidade e à origem genética é discutir sobre o direito de personalidade. Assim, percebe-se a importância dos direitos de personalidade nas palavras de Gama:

No contexto dos direitos de personalidade, inserem-se os direitos à vida, à integridade físico-corporal, ao corpo, à imagem, à integridade psíquica, à intimidade, ao segredo, à honra e à identidade. O direito fundamental à vida abraça o direito à identidade, o direito à historicidade e à informação da sua ascendência genética como reflexos de relevo na vida das pessoas.¹⁵¹

O ser humano tem o desejo comum e natural de conhecer a origem de sua existência, sua ascendência biológica, mesmo que não gerem efeitos de ordem afetiva, como é o caso das pessoas geradas por RA heteróloga.

No contexto da RA, Gagliano e Pamplona Filho defendem que o verdadeiro intuito de quem busca conhecer sua origem genética é tão somente o reconhecimento da paternidade biológica, sem qualquer interesse em outras repercussões pecuniárias, quais sejam, alimentos ou herança.¹⁵²

Para reforçar, encontra-se entendimento jurisprudencial que fortalece que o conhecimento da identidade genética se trata de um direito de personalidade:

Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Concordância do pai e filho biológicos em manter o registro que espelha a paternidade socioafetiva. Pedido que se restringe ao reconhecimento da paternidade biológica. Sem condenação em honorários em razão da ausência de conflito de interesses. É eu, se certa a paternidade biológica, o seu reconhecimento, sem a concessão dos demais direitos decorrentes do vínculo parental e inexistindo prejuízo e resistência de quem quer que seja, não viola o ordenamento jurídico.
Ao contrário. Em casos como esse, negar o reconhecimento da verdade biológica chega a ser um a forma de restrição dos direitos de personalidade do indivíduo, cujo rol não é exaustivo (artigo 11 e seguintes do Código Civil).

¹⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Biodireito e as relações parentais**: de acordo com o novo código civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 904.

¹⁵² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 647-648.

Caso em que tão somente se reconhece a paternidade biológica, sem a concessão de qualquer outro efeito jurídico. O reconhecimento pode ser averbado no registro de nascimento.

Considerando a ausência de lide e a verdadeira inexistência de partes, tal qual os procedimentos de jurisdição voluntária, não cabe a fixação de honorários advocatícios. São devidas as custas. Deram provimento.¹⁵³

A investigação da origem biológica não se trata de fator preponderante da filiação, sendo, pois, uma forma de atingir o princípio da personalidade, inadmitindo-se seu uso para tal fim, qual seja, a determinação da filiação:

O filho gerado pela inseminação artificial heteróloga, uma vez estabelecida à filiação socioafetiva com os pais não biológicos, não mais caberia investigar a paternidade ou maternidade, para a produção dos efeitos típicos da relação de filiação, tais como: nome, alimentos, direitos sucessórios etc. em relação ao doador do sêmen ou a doadora do óvulo, mas, apenas, na esfera do direito da personalidade.¹⁵⁴

Todo ser humano tem direitos pertinentes à sua versão física, psíquica e emocional, não podendo interesses alheios privar a pessoa de ter sua vida digna em todos os aspectos, como o caso de querer ter acesso amplo ao seu direito de identidade e de origem genética.

Com já foi mencionado, o Direito Civil é ramo do Direito Privado, em que prevalece a autonomia da vontade. Contudo, esta não é absoluta, uma vez que os valores constitucionais têm influenciado os outros ramos jurídicos, a fim de que todos tenham, como base, a dignidade da pessoa humana. Ao tratar da essência dos direitos de personalidade, considerando seu viés de dignidade, de Perlingieri leciona que:

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento pra realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações.

[...] O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse

¹⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70031164676. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 17 set. 2009. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114424343/apelacao-civel-ac-70053501920-rs/inteiro-teor-114424344>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

¹⁵⁴ FERRAZ, op. cit., p. 139.

já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em nível judicial.¹⁵⁵

O direito à identidade pode ser considerado uma categoria dos direitos de personalidade, pois traduz a ideia de proteção jurídica à essência das pessoas física e natural.

Pode-se dizer, ainda, que se trata de direito à integridade psíquica, em que a pessoa é um ser psíquico atuante e que interage de maneira individual, social e que precisa proteger a incolumidade da mente humana.¹⁵⁶

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, “vale dizer, o direito à integridade mental é o direito-base, de onde surgem todos os demais. Por isso, a legislação pune, com rigor, a tortura psicológica.”¹⁵⁷

Não permitir, ao indivíduo, que ele tenha acesso à sua origem genética seria ferir fatalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que todo e qualquer ser humano tem o direito de conhecer sua ascendência biológica, mesmo que ele não busque laços de afetividade, razão pela qual o direito à identidade genética deve ser assegurado em quaisquer circunstâncias.

Gagliano e Pamplona Filho defendem que a vontade do indivíduo conhecer sua ascendência genética não se trata de mero capricho, mas sim o reconhecimento de um direito de personalidade.¹⁵⁸

Nesse sentido, a defesa em favor do acesso e do reconhecimento da identidade genética como um dos direitos de personalidade está baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, como será aduzido doravante.

¹⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 9-10.

¹⁵⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 165.

¹⁵⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, loc. cit.

¹⁵⁸ Id., 2014, p. 646.

4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios fundamentais do Estado brasileiro, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como valor jurídico base e fundamento maior do Estado Democrático de Direito. Nos casos de RA heteróloga, quando se trata do direito à identidade genética, faz-se necessária a análise da importância deste princípio.

O ordenamento brasileiro possui suas normas positivadas, contudo, não segue à risca apenas o que está escrito, haja vista, felizmente, serem praticadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto e buscar a justiça baseada na dignidade do ser humano, à luz da hermenêutica moderna. No que tange ao conceito deste princípio, Moraes esclarece que:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁵⁹

Hodiernamente, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais comentado e o mais valorizado, sendo de importante influência para o exercício dos demais direitos humanos. Assim compreende Sarlet:

Verifica-se, portanto, que também nessa perspectiva a dignidade da pessoa humana (independente, no nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima das outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.¹⁶⁰

No mesmo sentido, o autor completa seu pensamento quanto à importância e às características da dignidade:

[...] cumpre salientar, retomando aqui a ideia nuclear que já se fazia presente até o mesmo no pensamento clássico, no sentido de que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável,

¹⁵⁹ MORAES, 2013, p. 34.

¹⁶⁰ SARLET, op. cit., p. 43.

constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.¹⁶¹

Resta claro, então, que a dignidade é um valor que é intrínseco ao ser humano, bastando apenas a sua existência para que lhe seja garantida a plenitude da vida digna, não podendo dela abrir mão, renunciar, doar emprestar ou alienar.

Trata-se de um direito tão importante e fundamental que não se pode permitir que o ser humano não aceite ser acolhido e protegido pela dignidade em todos os seus desdobramentos e aspectos.

No que tange ao contexto histórico, segundo Holthe, apesar de possuir origens no pensamento clássico e ideais cristãos, a dignidade passou a ser valorizada apenas após as grandes guerras mundiais, depois de ter sido defendida pela ONU.¹⁶²

O artigo 1 da Declaração Universal da ONU, promulgada em 1948, assim diz que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”¹⁶³ Surgiu a preocupação em face às barbáries praticadas pelos regimes fascistas, em um triste período da história da humanidade.

Não se podem esquecer os momentos da história em que era permitido que um ser humano fosse dono e proprietário de outro, sendo, inclusive, o senhor de sua vida e de sua morte, cabendo-lhe definir o que era necessário ou não ao seu “objeto”, que era o escravo. Assim, abordar sobre a escravidão é o mesmo que discutir sobre a morte da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um marco para a defesa da integridade do indivíduo, a fim de que o mesmo pudesse ter uma existência digna em todos os aspectos. Nesse passo, assim definiu seu art. 4: “ninguém pode ser mantido

¹⁶¹ Ibid., p. 51.

¹⁶² HOLTHE, Leo van. **Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 83.

¹⁶³ ONU, op. cit., p. 4.

em escravidão ou em servidão; a escravatura e o comércio de escravos, sob qualquer forma, são proibidos.”¹⁶⁴

No Brasil, também existiram fatos que contrariaram o respeito à dignidade do ser humano, como se pôde perceber à época da escravidão e da ditadura militar. Todavia, essa questão foi superada quando a CF/88 foi feliz ao definir logo em seu primeiro artigo:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.¹⁶⁵

Ultrapassada a questão histórica, inquestionável é que a positivação da dignidade da pessoa humana, no art. 1 da CF/88, alcançou um status de fundamental e que serve de parâmetro para interpretar os demais, como diz Holthe:

Por fim, registre-se que a positivação da dignidade da pessoa humana no art. 1 da Carta Magna como princípio fundamental (e valor-síntese) do Estado democrático brasileiro impõe, para o Estado e para a sociedade, o dever jurídico de respeito à dignidade de todos os seres humanos (aspecto negativo), bem como a prestação de direitos sociais, econômicos e culturais que promovam a igualdade e a liberdade materiais (aspecto positivo), na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana, para além da carga moral que lhe é peculiar, passa a ter plena eficácia jurídica.¹⁶⁶

O princípio em análise é considerado um princípio fundamental e deve ser harmonizado como os restantes, apesar de sua supremacia valorativa, devendo ser sempre ponderado diante do caso concreto.

Sarlet declara que a proteção da dignidade, em todos os aspectos, pressupõe que o indivíduo, tão somente pela sua condição humana e independente de quaisquer circunstâncias, é titular de direitos que devem ser assegurados pelo Estado e por toda a sociedade.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Ibid., p. 5.

¹⁶⁵ BRASIL, 1988, loc. cit.

¹⁶⁶ HOLTHE, op. cit., p. 85.

¹⁶⁷ SARLET, op. cit., p. 78.

No entendimento de Silva, a dignidade da pessoa humana se caracteriza como um valor superior que atrai outros valores fundamentais, desde o direito à vida.¹⁶⁸ É um valor intrínseco à vida humana.

Atualmente, o respeito à dignidade da pessoa humana tem imbuído a modernização do Direito Civil, no qual o princípio da autonomia da vontade fica mitigado em nome da manutenção da vida digna do indivíduo, seja na esfera física, seja na esfera psíquica.

Entende-se por dignidade o direito da pessoa ter asseguradas a sua integridade física e biológica, assim como a integridade emocional e psicológica. A vida é um bem valioso e intangível, contudo, deve ser digna, prezando pela essência do ser humano e garantindo sua melhor forma de existir.

Cumprе ressaltar que o princípio da dignidade é muito abstrato e varia de um indivíduo para o outro. Entretanto, cada ser humano tem o direito de garantir a mais digna forma de existência, tendo a proteção, principalmente do Estado. Nesse sentido, ao se tratar do valor da dignidade, Namba aduz que:

O 'valor dignidade da pessoa humana' é crucial hodiernamente, para se evitar retrocessos indevidos, face ao noticiado na imprensa: abandono de crianças na rua, ausência de ensino, falta de assistência médica, temas de políticas públicas; todavia, por via direta ou indireta, tendem à reflexão na Bioética e no Biodireito.¹⁶⁹

Para ter direito à uma vida digna, o indivíduo basta existir, nada podendo ser colocado como condição ou obstáculo para que ele possa exercer seu direito de forma segura e plena. Nesse passo, Rocha afirma que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social, pois "é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal."¹⁷⁰

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98.

¹⁶⁹ NAMBA, op. cit., p. 21-22.

¹⁷⁰ ROCHA, 1999 apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 389.

Portanto, trata-se de um princípio amplo, abstrato e que pode ser percebido em vários outros direitos expressos na legislação. Na verdade, não há como negar a relação entre os direitos de personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Monteiro critica o fato de o novo Código Civil não ter enfrentado questões modernas no campo da Medicina e na Genética, defendendo que o nascituro tem expectativa de vida humana, não podendo esse fato ser ignorado.¹⁷¹

Quando mencionado o direito à identidade genética, que é um desdobramento dos direitos de personalidade, faz-se necessário destacar a importância para que o indivíduo possa ter uma vida digna no que tange à sua esfera psíquica.

A dignidade se confunde com a própria natureza humana, que busca conhecer suas origens e entender a razão de sua existência. Assim, negar ao indivíduo que este tenha acesso à sua origem biológica é ferir seu direito à dignidade da pessoa humana, como bem lecionam Canegusuco e Stefano:

Considerado um superprincípio ou sobreprincípio, na medida em que é vetor de todos os direitos fundamentais. Possui valor constitucional supremo e ético. Representa o mínimo inviolável do ser humano que deve estar presente em todo o sistema jurídico.¹⁷²

Os bioeticistas devem ter, como paradigma, o respeito à dignidade da pessoa humana, que é a base do Estado Democrático de Direito. Assim, o ser humano jamais pode ser reduzido à condição de objeto, mesmo em nome dos avanços da biotecnologia.

A vida digna do ser humano deve ser protegida em quaisquer circunstâncias e seu valor deve prevalecer sobre qualquer tipo de descobertas tecnológicas e/ou científicas, que não podem ser contrárias à natureza do homem e à sua dignidade.

¹⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

¹⁷² CANEGUSUCO, Miriam; STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 45.

Nesse contexto, a Bioética e o Biodireito estão preocupados em garantir a existência da humanidade em harmonia com o meio em que vive, assegurando que as integridades física e psíquica sejam preservadas acima de qualquer coisa. Nesse ínterim, Diniz assim leciona:

Todos os seres humanos, os aplicadores do direito e em especial os médicos, os biólogos, os geneticistas e os bioeticistas devem intensificar sua luta em favor do respeito à dignidade humana, sem acomodações e com muita coragem, para que haja a efetividade dos direitos humanos. A consciência destes é a maior conquista da humanidade, por ser o único caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos.¹⁷³

Com o reconhecimento da dignidade da pessoa como base e parâmetro para as pesquisas e estudos, a Bioética e o Biodireito passam a valorizar um sentido humanista, buscando sempre o sentido de justiça e bem-estar da humanidade.

Ainda nesse diapasão, a autora defende que “as práticas das ‘ciências da vida’ que podem trazer inúmeros benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis.”¹⁷⁴

É razoável que os cientistas, pesquisadores e profissionais da saúde exerçam suas atividades sem ultrapassar os limites éticos, morais e jurídicos, a fim de que sejam garantidos o respeito à pessoa humana, à vida, à integridade e à dignidade.

Ao ser fruto de RA heteróloga, o indivíduo pode ter a vontade de conhecer sua origem biológica, mas isso lhe pode ser frustrado em nome do anonimato do doador de sêmen, até então protegido pela legislação pátria.

Ao que parece, não permitir que alguém saiba sua identidade genética representa uma afronta aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana, sendo que Diniz assevera que:

¹⁷³ DINIZ, 2014, p. 44-45.

¹⁷⁴ Ibid., p. 44.

Urge, portanto, a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana.¹⁷⁵

Ademais, a Bioética defende que proteger a vida humana não é só garantir a sua existência e sobrevivência, mas sim a dignidade do indivíduo. Caso a pessoa exista, mas tenha conflitos por não conhecer sua origem, resta claro que não conseguirá viver em plenitude, no que tange aos aspectos psíquicos.

No caso da RA heteróloga, quando existe a doação de material genético de outrem, seria razoável que o indivíduo tivesse o direito de conhecer sua identidade genética, mas sem interferir na vida digna do doador.

Portanto, como afirmam Gagliano e Pamplona Filho, existe uma diferença entre o reconhecimento do direito à ascendência biológica e o reconhecimento da paternidade biológica, o que protegeria tanto o ser gerado quanto o pai biológico.¹⁷⁶

O fato é que os avanços da Biotecnologia geraram questões que ainda não tinham previsão no ordenamento jurídico, o que traz a necessidade de serem criados entendimentos e normas que possam respeitar e cuidar dos direitos de todos os possíveis envolvidos no processo. Na compreensão de Diniz:

A realidade demonstra que os avanços científicos do mundo contemporâneo têm enorme repercussão social, trazendo problemas de difícil solução, por envolverem muita polêmica, o que desafia a argúcia dos juristas e requer a elaboração de normas que tragam respostas e abram caminhos satisfatórios, atendendo às novas necessidades ora surgidas.¹⁷⁷

Nesse sentido, é mister encontrar um ponto de equilíbrio, a fim de respeitar a dignidade da pessoa humana dos envolvidos no processo de RA heteróloga, eis que os interesses são distintos. O doador de sêmen, de fato, não quer ter sua identidade revelada, na medida em que isso pode lhe trazer prejuízos na esfera do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Caso o filho gerado com seu material genético o

¹⁷⁵ Ibid., p. 42.

¹⁷⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 646.

¹⁷⁷ DINIZ, op. cit., p. 3.

conheça, poderá ingressar em juízo requerendo afetividade, alimentos, herança, dentre outros.

No que tange aos interesses do casal receptor, o mesmo não quer ter nenhum tipo de contato com o pai biológico do filho, com o receio de haver interferências no poder familiar e na intimidade entre eles.

Já o indivíduo não quer ser privado de conhecer sua identidade biológica, a fim de ter sua origem esclarecida e, porventura, evitar casamento com possíveis parentes, que, caso se mantenha o anonimato do doador, ficarão desconhecidos.

Também, caso aconteça uma doença congênita ou desenvolvida durante a vida, o indivíduo teria o direito e o acesso aos possíveis doadores de órgãos e tecidos, na busca pela cura, ou seja, seriam fins tão-somente terapêuticos.

Portanto, urge a necessidade de se criar normas para garantir o direito à identidade genética, todavia, impondo limites às obrigações do doador de sêmen. E isso é totalmente viável, eis que a paternidade biológica não se confunde com a paternidade sócio afetiva, pois o Direito de Família tem como base o princípio da afetividade.

Cumprido esclarecer que a investigação da origem genética nada mais é do que a busca pelo seu genitor biológico, cujo objetivo é garantir o direito de personalidade/dignidade do filho gerado, enquanto reconhecer paternidade leva em conta a afetividade que, neste caso, não é obrigatória para o doador.

Nesse passo, seria possível o filho gerado por RA heteróloga conhecer sua ascendência biológica sem a necessidade de ação judicial, tendo em vista que o ato do doador de sêmen estaria totalmente protegido de qualquer obrigação familiar ou sucessória. Assim, resta claro que tanto a dignidade do doador de sêmen, quanto a dignidade do casal infértil, bem como a do indivíduo gerado pelas técnicas de RA seriam respeitadas e garantidas em prol de uma existência digna para todos os envolvidos neste processo, objeto estudo deste trabalho acadêmico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho acadêmico trouxe a discussão sobre os conflitos gerados entre o anonimato do doador de sêmen e o direito à identidade genética do indivíduo gerado pelas técnicas de RA heteróloga, ou seja, com material genético alheio ao do casal então diagnóstico com infertilidade.

Assim que o casal é diagnosticado como infértil, muitos buscam auxílio da Biotecnologia para realizar o sonho de ter filhos, submetendo-se a inovadoras técnicas médicas, mas que também podem ter consequências no âmbito jurídico.

Os desafios jurídicos oriundos deste avanço na Medicina, em especial com a RA, ainda não foram satisfatoriamente disciplinados pelo Direito, gerando inúmeros questionamentos de ordem ética, moral e jurídica.

No que tange à RA heteróloga, acabou surgindo uma problemática jurídica decorrente do direito de toda pessoa ter conhecimento de sua origem em contrapartida aos interesses das clínicas especializadas e do doador de sêmen, qual seja, o anonimato.

Nesse sentido, foi imprescindível esclarecer a diferença entre a Bioética e o Biodireito, apresentando e discutindo seus princípios que impõem limites aos avanços da Biotecnologia, em nome da preservação da humanidade e garantido a dignidade da pessoa humana.

Consabido que inúmeros benefícios são trazidos com os estudos e pesquisas científicas, todavia, o ser humano não pode ser tratado como um objeto de estudo e os riscos devem ser conhecidos para não causar nenhum dano à sua saúde.

Todas as descobertas médicas e científicas devem ter fins terapêuticos, que garantam o bem-estar do paciente e não coloquem em risco a existência humana. Para tanto, há uma busca por uma legislação mais ampla e mais abrangente, que possa disciplinar a maior parte das consequências advindas com estes avanços.

No Brasil, têm-se a Lei de Biossegurança e as tentativas do CFM no sentido de disciplinar, além de outros temas, as consequências advindas com as técnicas de RA heteróloga, posto que há o interesse de vários envolvidos no processo de fertilização, desde o doador até o filho gerado.

Muitos ainda defendem que o anonimato do doador de sêmen deve ser mantido em nome do caráter supostamente altruísta de quem se dispõe a doar seu próprio material genético para fertilizar casais que não podem gerar filhos naturalmente.

Então surge outro questionamento, qual seja, o doador não pode ter benefício econômico com seu próprio material genético, sendo seu ato obrigatoriamente gratuito, enquanto que a clínica especializada obtém lucros prestando o serviço que utiliza o material obtido gratuitamente.

De acordo com os valores constitucionais, não se pode admitir que haja desigualdades e injustiças entre as partes envolvidas numa relação jurídica. No caso em estudo, o contrato de doação de sêmen é gratuito enquanto o contrato de recepção de sêmen é oneroso e lucrativo para as clínicas de RA.

Outro ponto a ser abordado é o direito que assiste ao indivíduo que foi gerado por RA heteróloga em conhecer a sua identidade genética, ou seja, conhecer tão-somente sua origem biológica.

Como asseveraram Gagliano e Pamplona Filho, o desejo de o indivíduo conhecer sua ascendência biológica não pode ser considerado um mero capricho, na medida em que é inerente aos direitos de personalidade, que são absolutos, imprescritíveis e indisponíveis.¹⁷⁸

Ademais, os direitos de personalidade estão atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que busca garantir uma vida digna, seja em aspecto físico ou em aspecto psíquico do ser humano.

¹⁷⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 646.

O direito de conhecer sua identidade genética não se confunde com o direito ao reconhecimento de paternidade, haja vista que a questão biológica não é o cerne do Direito de Família, mas sim o princípio da afetividade. Portanto, de nada adianta ser apenas o pai biológico.

Nesse íterim, caso o indivíduo conheça a identidade do doador de sêmen, então seu pai biológico, nada afetaria a sua relação com sua família afetiva, tampouco geraria obrigações de afetividade, alimentos, filiação ou herança do pai doador.

Outrossim, seria razoável o conhecimento da identidade genética, a fim de evitar casamentos impedidos, como entre pais e filhas, e com meios-irmãos até então desconhecidos.

Por fim, a família sócio afetiva continuaria a exercer plenamente o poder familiar, haja vista a afetividade ser o que determina uma relação de família, independente da questão biológica.

Então, restou óbvio que não existem argumentos suficientes que possam afirmar que se faz imprescindível o anonimato do doador de sêmen, bastando que a legislação pátria traga, à baila, os princípios constitucionais do Direito de Família, bem como preze pelos direitos de personalidade do indivíduo gerado por RA heteróloga, em detrimento dos interesses apenas das clínicas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. **Seara Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 9, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/7207372-Aspectos-juridicos-da-doacao-de-semen-1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Aspectos jurídicos do contrato de recepção de sêmen em inseminações heterólogas. **Seara Jurídica**, Salvador, v. 1, n. 7, p. 14-28, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2012_1/searajuridica_2012_1_pag14.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

CAMPOS, Nancy. Idade da mulher ainda é a principal causa de infertilidade entre os casais. **Uol Notícias**, São Paulo, 08 ago. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2012/08/08/habitos-saudaveis-prevencao-a-doencas-e-se-lembrar-do-relogio-biologico-determinam-fertilidade.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CANEGUSUCO, Miriam; STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CASSETTARI, Christiano. Responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos: dos deveres constitucionais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005. p. 433-445. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=JMmHbOqbqiMC&pg=PA434&lpg=PA434&dq=%22Direito+de+Fam%C3%ADlia+%C3%A9+o+conjunto+de+regras+aplic%C3%A1veis+%C3%A0s+rela%C3%A7%C3%B5es+entre+pessoas+ligadas+pelo+casamento,+pelo+parentesco,+pela+afinidade+e+pela+ado%C3%A7%C3%A3o%22&source=bl&ots=IRb3CrNltx&sig=2nQyFJQI9EQDSNzxY5UzKHLEaeE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjA2vW1zMnOAhXDH5AKHbJKAocQ6AEIHDA#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA SANTA JOANA. **Causas da infertilidade**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.hmsj.com.br/centroreproducaohumana/causas-infertilidade>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **A instituição**. Brasília, DF, 22 jul. 2010. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20671&Itemid=23>. Acesso em: 07 jan. 2016.

_____. Resolução CFM n. 1.358. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. Resolução CFM n. 1.931. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 13 out. 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. Resolução CFM n. 2.013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 1.957/10. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 maio 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. Resolução CFM n. 2.121. 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 ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. Fator masculino de infertilidade masculina. **ABC da Saúde**, n. 662, [entre 2001 e 2016]. Disponível em: <www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/fator-masculino-de-infertilidade-conjugal>. Acesso em: 15 dez. 2015.

COSTA, Patrícia Toniolo Varella. **Preserve sua fertilidade**. São Paulo, [entre 1996 e 2015]. Disponível em: <http://www.drapatriciavarella.com.br/index.php?modulo=preserve_fertilidade>. Acesso em: 10 dez. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e Biodireito. **Sciencia Iuris**, Londrina, v. 2, n. 3, p. 41-63, 1998. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11274/10040>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Novo curso de Direito Civil – Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Biodireito e as relações parentais: de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil, volume 7: Direito de Família**. São Paulo: RT, 2008.

HOLTHER, Leo van. **Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2007.

LOCH, Jussara de Azambuja. **Princípios da Bioética**. Porto Alegre: PUCRS, [2002?]. Material de aula. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/jussara/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MARCHINI, Giovanni Scala. Saiba mais sobre a infertilidade masculina. **Dr. Recomenda**, [S.l.], 18 maio 2015. Disponível em: <<https://doutorrecomenda.com.br/blog/saiba-mais-sobre-a-infertilidade-masculina/>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2010.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral do Contrato. **Revista Virtual Direito Brasil**, [S.l.], v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela da personalidade no ordenamento civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

MORALES, Priscila de Castro. **O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida**. 2007. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2015.

NEGREIROS, Maria Gabriela Damião de. Bioética, Biodireito e meio ambiente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10399>. Acesso em: 10 jun. 2016.

NICOLODI, Márcia. Os direitos de personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 134, nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4493/os-direitos-da-personalidade/2>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

NOMURA, Roseli Mieko Yamomoto. **Dilemas acerca da vida humana**: interfaces entre a Bioética e o Biodireito. São Paulo: Atheneu, 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Thays. A filiação por inseminação artificial homóloga "post mortem" e a (im)possibilidade de suceder. **Jusbrasil**, [S.l.], 2013. Disponível em <<http://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3234, 9 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa/3>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70031164676. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 17 set. 2009. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114424343/apelacao-civel-ac-70053501920-rs/inteiro-teor-114424344>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SANTOS, Maria Celeste Leite Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo**: a Bioética e a lei – implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHALCHER, Tayana Wood. Constitucionalização do Direito Civil. **DireitoNet**, [S.l.]. [2007?]. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6341/Constitucionalizacao-do-Direito-Civil>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ligia Neves. O princípio da função social do contrato: conteúdo e alcance – análise econômica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9128>. Acesso em: 24 abr. 2016.

SILVA, Reinaldo. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUSA, Luciano. **Cortisol**. [S.l.], 09 ago. 2012. Disponível em: <<http://lucianosousafisiol.blogspot.com.br/search?q=cortisol>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**: Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.