



REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO: A CONTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O DIREITO DO FILHO AO CONHECIMENTO DE SUA ORIGEM BIOLÓGICA MOTIVADO EM DOENÇA GENÉTICA

ASSISTED REPRODUCTION AND THE COMPARATIVE LAW: THE CONTITUCIONALIZAÇÃO PRIVATE LAW AND THE SON OF RIGHT TO KNOW HER BIOLOGICAL GENETIC DISEASE IN MOTIVATED

Guilherme Volpato de Souza ¹
Luana Figueiró Silva Volpato ²

RESUMO

O presente trabalho trata do direito do filho oriundo de reprodução assistida ao conhecimento de sua origem biológica motivado em doença genética. Para tanto, será realizada uma pormenorização sobre a constitucionalização do direito privado, a despeito das cláusulas abertas e a carga axiológica na qual encontra-se inserido o Código Civil brasileiro. Serão abordados também a questão dos direitos personalíssimos no Código Civil, o direito ao reconhecimento e o reconhecimento à paternidade. A seguir, será analisado o direito comparado, mediante os estudos realizados em países como Estados Unidos da América, Finlândia e Dinamarca. A partir deste estudo serão realizadas proposições para aplicação na legislação brasileira.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito; Direito Comparado; Doença Genética; Reprodução Assistida.

ABSTRACT

This work deals with the child's right coming from assisted reproduction to knowledge of their biological motivated in genetic disease. Therefore, Precise details on the constitutionalization of private law will be held, despite the open clauses and the axiological charge in which is inserted the Brazilian Civil Code. Also will examine the issue of personal rights in the Civil Code, the right to recognition and the recognition of paternity. Then the law will be analyzed compared by studies conducted in countries like USA, Finland and Denmark . From this study propositions will be held for use in the Brazilian legislation.

Key-words: Constitutionalization of the law; Comparative Law ; Genetic disease; Assisted Reproduction.

¹ Advogado, Pós-graduando em direito constitucional aplicado pelo Complexo de Ensino Damásio de Jesus, membro da Comissão Especial de Previdência Social da Ordem dos Advogados do Brasil da Subseção de Santa Maria-RS. E-mail: guilhermevsouza@hotmail.com

² Advogada, Mestranda em Constitucionalismo Contemporâneo na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, membro do Grupo de Pesquisa Interseções do Direito Público e Privado. E-mail: luanafigueirosilva@gmail.com



INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a analisar uma questão bastante controversa que aborda o direito ao reconhecimento da paternidade em casos de reprodução assistida onde exista(m) questão(ões) de patologia(s) relacionadas com a carga genética dos genitores.

Com o avanço tecnológico a reprodução assistida tem se tornado uma ferramenta mais acessível a população mundial.

Entretanto, torna-se necessária uma reflexão entre as consequências de ordem jurídica decorrentes da reprodução assistida. Tanto em relação ao direito do doador e do receptor, quanto em relação aos direitos do ser humano gerado por meio da utilização da tecnologia.

Neste trabalho, abordar-se-á a questão ao direito personalíssimo do reconhecimento da paternidade.

Para tanto, no primeiro capítulo são tecidas considerações sobre a constitucionalização do direito privado, passando pelo Direito Civil e os direitos de personalidade e o direito ao reconhecimento da paternidade e a reprodução assistida.

Posteriormente, far-se-á uma abordagem sobre o direito comparado e o estudo sobre a questão do reconhecimento de paternidade em reprodução assistida com doenças de ordem genética, bem como reflexões para o direito brasileiro.

Como metodologia de pesquisa, tem-se que a principal atividade a desempenhada diz respeito à pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, analisando-se as premissas para se chegar a uma conclusão.

O método de procedimento adotado é o monográfico, primando-se pela compreensão dos acontecimentos históricos conceituam o direito ao reconhecimento da paternidade como direito personalíssimo.

1 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como se percebe, o presente estudo trata de direito de família, instituto próprio do direito privado, logo, integrante do Código Civil de 2002. Todavia, hodiernamente, ao falar-se em direito de família, não basta a simples análise do Código Civil.

O legislador, frente à necessidade de adequar o diploma legal a realidade fática vivenciada pela sociedade brasileira nas últimas décadas, foi levado a seguir as tendências



mundiais, no sentido de fazer com que o Texto Constitucional incidisse nas relações privadas.

Percebe-se que nos últimos anos, as Constituições deixaram de ser simplesmente textos normativos que regulavam e protegiam os cidadãos nas relações entre estes e o Estado. Passaram a incidir e proteger as relações entre os privados também, na medida em que tem-se a chamada constitucionalização do direito privado.

Por constitucionalização do direito, deve-se entender que a Constituição passa a ser o elemento unificador das normas existentes em direito. Nesse sentido, Conti³ assim preceitua:

A Constituição transforma-se em força ativa se realizar tarefas, existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, e se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

No âmbito do direito privado, a constitucionalização deve ser entendida como a elevação de institutos tipicamente de direito privado ao *status* constitucional. São exemplos desse fenômeno jurídico a família, propriedade e o contrato. Por seu turno, visualiza-se a propagação dos direitos fundamentais, antes previstos apenas nas Cartas Constitucionais, incidindo nas relações privadas.

Em termos práticos, o legislador utilizou-se das chamadas cláusulas gerais. Estas, consubstanciam-se pela redação de enunciados genéricos com as mais diversas prescrições, cabendo ao interprete aplicá-la frente ao caso concreto. Assentando tal entendimento, aduz Perlingieri⁴:

[...] sendo abertas justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza do sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento.

Complementa tal entendimento Jorge Júnior⁵:

Transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, inseridos numa roupagem de proposição prescritiva, as cláusulas gerais afirmam o objetivo

³ CONTI, Giovanni. Requisitos da tutela constitucional cautelar. Porto Alegre: Norton, 2004, p.31.

⁴ PERLINGIERI, P. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7-8.

⁵ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas Gerais no Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p.10.



de dotar o sistema de normas com características de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar de um embate sem solução sistêmica.

Sob esta estrutura é que o Direito Civil brasileiro encontra-se calcado, e, dentro do Código Civil, encontram-se os direitos de personalidade, os quais serão a seguir pormenorizados.

1.1 O Código Civil e os Direitos de Personalidade

Os direitos de personalidade foram admitidos no Código Civil de 2002, com forte nas disposições da Carta Magna de 1988. Possuem capítulo próprio, estando elencados entre os artigos 11 à 23 do Código Civil.

Devem ser interpretados em conformidade com o caráter de dignidade da pessoa humana, sendo uma expansão dos direitos fundamentais previstos na Carta Maior.

Os direitos de personalidade, reflexos da constitucionalização do direito privado, incidem no direito de família. São classificados por França *apud* Venceslau⁶ como sendo:

Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.

Em sua obra, Giddens⁷ aprofunda um pouco mais o tema e propõe alguns pressupostos de sua incidência, quais sejam “igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social”.

Por derradeiro, culmina-se na previsão do artigo 27 da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

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.

Todavia, tratando-se do direito de conhecimento à origem biológica, depara-se com

⁶ FRANÇA. R. Limongi. Direitos da personalidade. Coordenadas

⁷ GIDDENS, Anthony. A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 99.



um óbice quantitativo. Moraes⁸ assevera que mesmo com o direito de família brasileiro sendo um dos mais avançados do mundo, tem-se a estimativa de que cerca de 30% das crianças nascidas anualmente não possuem o registro de paternidade na certidão de nascimento. Para a autora, este número percentual atribui-se à:

[...] cultura machista em vigor no país, a qual permite que os homens se sintam livres de qualquer responsabilidade de registrar e sustentar seus filhos, quando concebidos fora do casamento ou em relações não estáveis.

Neste sentido, há tutela específica prevista no artigo 12 do Código Civil, o qual prescreve:

Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Mesmo com direito ao reconhecimento da origem biológica não previsto taxativamente no Código Civil, deveria ser dado ao dispositivo legal um sentido mais amplo que a simples reparação cível.

Não se pode esquecer que tal previsão ocorre por meio de lei especial. Neste sentido brilhante explanação encontra-se em Tepedino⁹:

Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos de personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, que mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial - saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor da tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade.

Assim, atender-se-ia ao preceito constitucional que norteia o preceito legal, promovendo a tutela da personalidade, mesmo estando fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador, repelindo, deste modo, as agressões exemplificadas por meio da jurisprudência, como a do caso abaixo ementado¹⁰:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p.36-37.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.47.

¹⁰ STJ, 4º T., REsp. 757.411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/05, DJ 27/03/06.



2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 29/11/2005, T4 - QUARTA TURMA)

No caso acima ementado consta do inteiro teor que em se prestando a obrigação alimentar não há ilícito algum passível de condenação ao pai. Aqui, resta a inconformidade, em razão do menor, parte hipossuficiente na relação, restar prejudicado, tanto pelo não cumprimento de obrigações enquanto genitor, quanto pelo fato de que a condenação ao dano moral possui caráter eminentemente educativo, sendo vedado o locupletamento pela parte a quem a condenação é endereçada.

1.2 O Direito ao Reconhecimento e a Reprodução Assistida

A questão envolvendo o direito individual de conhecer o pai biológico adquire uma dimensão especial quando se considera as doenças genéticas que podem ser transmitidas por um pai eventualmente desconhecido. Nesta situação, o direito transcende a mera questão entre a precedência do direito do filho sobre o do doador, pois envolve questões individuais de qualidade de vida e saúde.

Esta questão envolve especificamente os filhos resultantes de reprodução assistida, caso em que o anonimato da paternidade é muitas vezes previsto contratualmente.

É, portanto, necessário, inicialmente, estabelecermos alguns conceitos relativos a este tipo de relação familiar. Gama¹¹ identifica que a distinção entre procriação carnal e procriação assistida é estabelecida pela presença da relação sexual no primeiro caso e por sua ausência no caso de filiação resultante de reprodução medicamente assistida. O autor acrescenta que esta distinção é necessária

[...]porquanto as fontes, os fundamentos e os critérios de estabelecimento de paternidade serão diferentes dependendo da espécie de filiação.

Ainda neste sentido, em um artigo recente, Consalter¹² define que a reprodução assistida, ou inseminação artificial é caracterizada como o procedimento através do qual se busca facilitar o encontro do espermatozóide com o óvulo para proporcionar a fecundação.

¹¹ Gama, G. C. N. Direito Civil - Família. Editora Atlas, São Paulo, 2008, P.340.

¹² Consalter, Z. M., O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas. Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5897. Acesso em 12 de junho de 2011



Por sua vez, Savin¹³ considera que a inseminação artificial “consiste no recolhimento do sêmen do cônjuge, companheiro ou terceiro doador”. O objeto de estudo desta seção é um caso específico de inseminação artificial, caracterizado como heterólogo, e que consiste no caso em que a inseminação é feita com o sêmen ou óvulo de uma terceira pessoa.

A inseminação artificial heteróloga tem inúmeras implicações do ponto de vista moral, psicológico e de formação do indivíduo gerado e é, por este motivo, amplo objeto de estudo nas disciplinas respectivas. Há também aspectos legais e jurídicos a se considerar neste procedimento, e entre esses está a questão do direito que o indivíduo gerado tem de saber a identidade de seu pai biológico, e como este direito é afetado pela possibilidade de haver a transmissão de doenças genéticas por parte do pai desconhecido.

Esta questão é nova, pois advém de um avanço tecnológico relativamente recente, que possibilitou a realização de inseminação artificial de forma relativamente corriqueira. Apesar de seu pouco tempo de existência, esta questão tem grande relevância e proporciona polêmica moral e jurídica.

2 O DIREITO COMPARADO E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA: REFLEXÕES PARA A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A questão em voga possui uma grande quantidade de estudos em diversos países. Em alguns países do mundo analisou-se a percepção da população com respeito ao direito de conhecer pais biológicos, em especial com respeito à possibilidade de ocorrência de doenças genéticas.

Em um estudo conduzido na Finlândia, Hietala¹⁴ questionaram se a população local seria favorável ou não à realização de testes para determinação de paternidade, e quais as principais razões que os motivaram a tomar determinada posição. A razão mais aceita pelos entrevistados, num total de 89%, para justificar a realização de testes genéticos de determinação de paternidade foi o fato destes testes afetarem diretamente a sua própria

¹³ Savin, G. Revista dos Tribunais, RT 659, setembro de 1990, p. 237.

¹⁴ Hietala, M., Hakonen, A., Aro, A. R., Niemela, P., Peltonen, L., Aula, P., 1995. Attitudes toward genetic testing among the general population and relatives of patients with a severe genetic disease: a survey from Finland. American Journal of Human Genetics, 56, 1493-1500.



vida e saúde. Em seguida, 84% mencionaram que defendiam a realização de tais testes pelo efeito que eles teriam na vida e saúde de seus descendentes.

Por outro lado, o motivo mais fortemente aceito para justificar a não realização de tais testes, considerado relevante por 59% dos entrevistados, foi que eles poderiam proporcionar algum tipo de discriminação aos portadores de determinados genes, seja para fins de emprego ou seguro.

Um estudo semelhante conduzido na Alemanha, Berth¹⁵ teve resultados similares. Nesta análise, entretanto, a preocupação específica com respeito à possibilidade de transmissão de doenças genéticas foi considerada de maneira separada, e foi indicada como a principal razão pela qual a população seria favorável à realização de testes genéticos.

A preocupação mais genérica com os benefícios que tal conhecimento trariam para qualidade de vida e saúde é mencionada como a terceira mais importante, atrás ainda da economia que o governo teria ao reduzir despesas com auxílio médico uma vez que tais testes ocorressem. O estudo alemão identificou ainda como razões dos que se opõe aos testes genéticos o risco de tal conhecimento ser usado para fins desconhecidos por parte das pessoas testadas.

Em um estudo mais recente na Dinamarca, Laegsgaard e Mors¹⁶ fizeram questionamentos semelhantes, mas especificamente com respeito a doenças genéticas psiquiátricas. Os resultados são também equivalentes aos dos estudos já mencionados, com 77,6% dos consultados concordando que todo o mundo deve ter o direito de saber de seus riscos genéticos.

Ao mesmo tempo, o mesmo estudo identificou que 95,2% das pessoas entendem que todos têm o direito de não querer saber de tais riscos, enquanto que 85,5% defenderam o direito de se manter confidenciais as informações provenientes de tais testes.

Os estudos descritos acima identificam uma clara preocupação da população de países europeus com os riscos de saúde associados ao desconhecimento dos pais biológicos.

¹⁵ Berth, H., Balck, F., Dinkel, A., 2002. Attitudes Toward Genetic Testing in Patients At Risk for HNPCC/FAP and the German Population. Genetic Testing, volume 6, no. 4, 272-280.

¹⁶ Laegsgaard, M. M., Mors, O., 2008. Psychiatric Genetic Testing: Attitudes and Intentions Among Future Users and Providers. American Journal of Medical Genetics Part B 147B, 375-384.



Em todos os casos, a enorme maioria de consultados se manifestou favorável à realização de testes genéticos para a identificação de possíveis doenças.

Apesar de não termos conhecimento de estudos semelhantes no Brasil, os números europeus são suficientemente sólidos para que acreditemos que o mesmo resultado seria obtido em nossa sociedade.

Porém, ainda que represente um importante fator para os tomadores de decisão, os formuladores de políticas públicas e mesmo para o judiciário, o desejo popular constitui apenas um aspecto a ser considerado com este respeito.

Outros aspectos importantes, que analisamos a seguir são a regulamentação legal e jurisprudências existentes em relação a indivíduos gerados por reprodução assistida heteróloga.

Deonandan¹⁷ apresenta uma discussão profunda e interessante sobre as implicações de saúde associadas a tecnologias de reprodução assistidas. Neste estudo canadense, um dos riscos identificados pelo autor é o de que bancos de esperma possam se tornar vetores de propagação de doenças genéticas.

A preocupação é de que, neste caso, um mesmo doador pode ser o pai biológico de uma grande quantidade de filhos, disseminando assim a doença genética para uma grande quantidade de descendentes.

De fato, Deonandan¹⁸ descrevem um caso nos Estados Unidos em que um doador era portador de genes para uma doença cardíaca denominada cardiomiopatia hipertrófica e transmitiu a condição a uma grande quantidade de filhos, incluindo vários com risco de morte cardíaca prematura.

Um caso deste tipo tem implicações de saúde pública, mas inquestionavelmente atinge a esfera do direito individual, que é garantido pela Constituição, pois cada um dos indivíduos portadores dos genes para uma determinada doença deve estar amparado por leis que estabeleçam diretrizes que irão proteger seus direitos fundamentais.

No caso específico citado, os autores mencionam que *“as receptoras de esperma foram notificadas que a doença cardíaca havia sido identificada no doador, e informados a respeito das atitudes medicas a ser tomadas”*.

¹⁷ Deonandan, R., 2010. The public health implications of assisted reproductive Technologies. Chronic Diseases in Canada, Vol. 30, no. 4, 119-124.

¹⁸ Ib. Idem.



Do ponto de vista legal, não são muitos os países nos quais há regulamentação quanto ao direito de conhecimento do pai biológico para fins de controles de doenças. Segundo Lalos¹⁹, a Suécia é um destes países, onde uma criança nascida a partir de inseminação por um doador tem o direito de receber informação sobre a inseminação e também a identidade do doador.

Nos Estados Unidos, a legislação é variável entre os estados, mas na maioria dos casos não há regulamentação legal definida. Existem naquele país, por outro lado, um número crescente de jurisprudências, tratando deste problema específico, e estas são revisadas de maneira detalhada por Jayanty²⁰.

Um exemplo é uma corte de apelações do Estado de Missouri, que recusou o pedido de um adulto que sofria de leucemia que buscava compatibilidade para a realização de um transplante de medula óssea e, com este propósito pedia para que lhe fosse informado o pai biológico.

Neste caso, apesar da urgência da solicitação, o tribunal entendeu que a improbabilidade de achar a compatibilidade desejada suplantava qualquer benefício conseguido com a eventual quebra do sigilo acordado contratualmente.

Tais situações envolvendo os direitos fundamentais da criança e do adolescente são regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 13 de julho de 1999) no Brasil, em seus artigos 7º e 15º, que garantem o seu desenvolvimento e a sua dignidade como ser humano.

Alem disso, a Constituição Federal garante a dignidade humana em seu artigo 1º, III e 227, caput, e o Código Civil estabelece, em seu artigo 11, que os direitos de personalidade são irrenunciáveis e não podem sofrer limitação.

Jayanty²¹ também afirma que nos Estados Unidos, os casos envolvendo inseminação artificial heteróloga ainda são recentes, não estando regulamentados e possuindo poucas jurisprudências. Por este motivo, a autora indica que casos envolvendo adoções são muitas vezes tratados como equivalentes, de forma que decisões tomadas envolvendo agências de adoções são por vezes aplicadas aos bancos de esperma.

¹⁹ Lalos, A., Gottlieb, C., Lalos, O., 2007. Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking. *Human Reproduction*, 22, 1759-1768.

²⁰ Jayanty, S. E. P., 2008. Guarantors of Our Genes: Are Egg Donors Liable for Latent Genetic Disease. *American University Law Review*. Volume 58, Issue 2, Article 4.

²¹ *Ib Idem*.



A se tomar a mesma atitude no Brasil, a regulamentação a ser utilizada é novamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, que legisla em seu artigo 48 acerca da adoção: o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes após completar 18 (dezoito) anos.

Antes de avaliarmos os poucos estudos envolvendo os aspectos legais da reprodução assistida no Brasil, é importante citar o trabalho de Sylvester e Burt²², que embora tenha sido feito nos Estados Unidos, trata principalmente de sugerir diretrizes com o intuito de garantir o direito individual dos filhos de inseminação artificial heteróloga.

Lá, como aqui, a regulamentação ainda é escassa, e as sugestões, bem como suas motivações se aplicam também à nossa sociedade. Entre os aspectos de interesse, convém destacar inicialmente que os autores afirmam que o anonimato dos doadores tem motivação primariamente econômica, com o fim de proteger os bancos de doação de ações legais.

Os autores entendem que esta motivação jamais deve suplantar o direito individual dos filhos do procedimento e por esse motivo propõem que todas as crianças de inseminação por doador devem ter o direito de conhecer a identidade do pai.

A maneira por eles proposta para que esse direito seja concedido é garantindo que os indivíduos tenham acesso à informação sobre o pai quando atingirem a maioridade, sem que haja entretanto a obrigatoriedade que essa informação lhes fosse revelada.

Por outro lado, os pais doadores não teriam o direito de conhecer a identidade de seus filhos. Os pais legais das crianças poderiam ter acesso à informação identificando o doador em casos especiais, como por exemplo se a criança possuísse uma doença genética na qual o conhecimento do pai biológico pudesse auxiliar no tratamento.

O governo manteria um cadastro de doadores e um registro nacional de nascidos a partir de reprodução heteróloga. Bancos de espermatozoides e clínicas de fertilidade deveriam reportar todos os nascimentos ao cadastro nacional, juntamente com uma série de informações sobre o doador, incluindo aí seu nome, descrição física, histórico médico familiar detalhado, endereço, profissão, habilidades e interesses.

²² Sylvester, T. K., Burt, 2007. The Case Against Sperm Donor Anonymity. New Haven, CT. Yale Law School.



Os doadores deveriam ainda explicar as razões pelas quais doaram seu esperma e teriam a possibilidade de deixar mensagens aos filhos que as buscassem no futuro. O estudo de Sylvester e Burt²³ vai além, analisando em detalhe o direito do anonimato e privacidade do doador. Eles citam trabalhos que defendem que o direito de saber o pai biológico por parte da criança é uma invasão da privacidade do doador e quebra de contrato.

Mas a análise é concluída com a observação que os contratos de promessa de anonimato entre vendedores de esperma e bancos de esperma têm o principal objetivo de proteger os interesses de ambos. Os contratos entre os bancos de esperma e os potenciais pais legais, por sua vez, são normalmente elaborados pelos bancos e similarmente tendem a proteger os próprios bancos e os doadores.

Assim, adultos buscando o lucro detêm o poder, sendo seus os interesses protegidos. Nenhuma parte relevante é atribuída à criança e seus interesses. Como resultado, a pessoa mais afetada por estes contratos - a criança gerada através do esperma comprado e vendido - não tem voz em sua construção.

Uma abordagem semelhante, mas focada na realidade brasileira é apresentada por Schiocchet e Carlos²⁴. Os autores, neste caso defendem a opinião de que:

[...]o direito ao conhecimento da identidade civil dos doadores certamente poria fim à doação, já que ninguém quereria correr o risco de, anos mais tarde, ver reivindicada a filiação genética.

De qualquer forma, os autores ressaltam que uma excepcionalidade deveria ser garantida nos casos de fins terapêuticos, sobretudo em casos em que seja necessária a realização de transplantes de órgãos na pessoa gerada por reprodução heteróloga, que necessite a compatibilidade genética.

Um outro aspecto mencionado por Schiocchet e Carlos²⁵, que também é mencionado por Spode e Silva²⁶ é que o reconhecimento do direito de conhecer o pai biológico sem motivações médicas desvaloriza a questão afetiva no direito de família, pois não deveria haver a necessidade deste conhecimento no caso de pais não biológicos

²³ Ib Idem.

²⁴ Schiocchet, T., Carlos, P. P., 2006. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, n. 2, 249-263.

²⁵ Ib. Idem.

²⁶ Spode, S., Silva, T. V. S., 2008. O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Maria.



presentes.

Esta questão vem sendo denominada o reconhecimento jurídico do afeto. Em uma posição oposta, favorável ao direito de conhecer a identidade do pai biológico, Silva (2004) menciona de maneira específica os casos de graves doenças genéticas, preservação da saúde e vida dos indivíduos e necessidade psicológica.

Segundo Schiocchet e Carlos²⁷ e Spode e Silva²⁸, a questão em discussão não é regulamentada por lei no Brasil. O que existe de mais próximo a isso é a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que entre outros aspectos determina um máximo de 4 embriões a serem implantados, estabelece que o procedimento não pode ter fim lucrativo ou comercial, garante o anonimato aos doadores e estabelece que a seleção de embriões é aceita apenas com o propósito de evitar doenças genéticas ligadas ao sexo.

Silva²⁹, aborda a mesma resolução, acrescentando que como esta “não possui força cogente em alguns casos o anonimato poderá ser quebrado, como no caso de doenças genéticas”. O Projeto de Lei Substitutivo 90/2001 também aborda a questão, prevendo entre suas disposições o acesso à identidade do doador.

CONCLUSÃO

De maneira geral, se pode concluir que existe uma razoável controvérsia com respeito ao direito de uma criança conhecer seu pai biológico em casos de reprodução assistida heteróloga.

Existem argumentos sólidos que sustentam o caso de direito ao anonimato do doador, e outros, envolvendo questões de direito fundamental do indivíduo, que sustentam o direito do filho de reprodução assistida conhecer seu pai. Acima da referido controvérsia, parece haver, entretanto, um consenso de que em casos de risco à integridade física, seja pela necessidade de compatibilidade genética para fins de transplante ou para um melhor conhecimento de histórico familiar de um indivíduo, o

²⁷ Schiocchet, T., Carlos, P. P., 2006. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, n. 2, 249-263.

²⁸ Spode, S., Silva, T. V. S., 2008. O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Maria.

²⁹ Silva, F. A., 2004. Aspectos éticos-jurídicos no Direito de filiação produzidos na reprodução humana assistida. Monografia de conclusão de curso. Faculdade de Direito de Presidente Prudente.



direito de anonimato do doador deve ser quebrado, pois é suplantado por uma necessidade ainda maior.

É nosso entendimento que o direito de conhecer o pai biológico não deve se restringir aos casos em que há motivação médica. Conclui-se que este direito deve se estender a todos indivíduos gerados por reprodução assistida heteróloga.

O principal argumento que sustenta a nossa tese é o fato do problema em questão não ser de natureza privada ou comercial, pois se trata de um procedimento médico-tecnológico cujo fim é a geração de uma nova vida.

Neste caso, o direito do ser concebido como fruto de um determinado contrato deve se sobrepor a qualquer regulamentação do contrato citado.

Em outras palavras, questões comerciais ou mesmo de direito ao anonimato motivadas por proteção ao doador ou ao banco de esperma não superam o direito fundamental do indivíduo.

Concordamos, portanto, com Welter³⁰, no sentido de que tanto o filho quanto o pai biológico têm sagrado, natural e constitucional direito de saber a sua origem ancestralidade, que faz parte da personalidade e dos princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana. Pode-se, portanto, dizer que estamos diante de um conflito entre garantias fundamentais, de natureza individual e garantias civis, de natureza privada.

REFERÊNCIAS

BERTH, H., BALCK, F., DINKEL, A. Attitudes Toward Genetic Testing in Patients At Risk for HNPCC/FAP and the German Population. Genetic Testing, volume 6, no. 4, 2002.

CONSALTER, Z. M. O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas. Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5897. Acesso em 27 de março de 2015.

CONTI, Giovanni. Requisitos da tutela constitucional cautelar. Porto Alegre: Norton, 2004.

DEONANDAM, R., 2010. The public health implications of assisted reproductive Technologies. Chronic Diseases in Canada, Vol. 30, no. 4, 2010.

GAMA, G. C. N. Direito Civil - Família. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

³⁰ Welter, P. B.. Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 233.



GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HIETALA, M.; HAKONEN, A.; ARO, A. R.; NIEMELA, P.; PELTONEN, L.; AULA, P. **Attitudes toward genetic testing among the general population and relatives of patients with a severe genetic disease: a survey from Finland**. American Journal of Human Genetics, 1995.

JAYANTY, S. E. P.. **Guarantors of Our Genes: Are Egg Donors Liable for Latent Genetic Disease**. American University Law Review. Volume 58, Issue 2, Article 4, 2008.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAEGSGAARD, M. M; MORS, O. **Psychiatric Genetic Testing: Attitudes and Intentions Among Future Users and Providers**. American Journal of Medical Genetics Part B 147B, 2008.

LALOS, A.; GOTTLIEB, C.; LALOS, O. **Legislated right for donor-insemination children to know their genetic origin: a study of parental thinking**. Human Reproduction, 2007.

MARON, B. J.; LESSER, J. R.; SCHILLER, N. B.; HARRIS, K. M.; BROWN, C.; REHM, H. L. **Implications of Hypertrophic Cardiomyopathy Transmitted by Sperm Donation**. Journal of the American Medical Association. Vol. 302, no. 15, 2009.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SAVIN, G. **Revista dos Tribunais**, RT 659, setembro de 1990.

SCHIOCCHET, T., Carlos, P. P., 2006. **Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades**. Novos Estudos Jurídicos. Vol. 11, n. 2, 2006.

SILVA, F. A. **Aspectos éticos-jurídicos no Direito de filiação produzidos na reprodução humana assistida**. Monografia de conclusão de curso. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2004.

SPODE, S; SILVA, T. V. S. **O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo**. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Maria, 2008.

STJ, 4º T., **REsp. 757.411**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/05, DJ 27/03/06.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

WELTER, P. B. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.