



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O direito ao conhecimento da origem genética e a inseminação artificial
heteróloga.

Paola Keller de Farias

Rio de Janeiro
2013

PAOLA KELLER DE FARIAS

**O direito ao conhecimento da origem genética e a inseminação artificial
heteróloga**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Paola Keller de Farias

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: A paternidade biológica oriunda da inseminação artificial heteróloga enseja uma relação com o concebido que é tão somente congênita, motivo pelo qual não está presente nessa situação qualquer laço de carinho. Dessa forma, não há se falar em “pai”, ou seja, o doador anônimo na inseminação artificial heteróloga não tem obrigações inerentes à paternidade, como a de prestação de alimentos à criança concebida com o seu material genético. Contudo, surge a questão da visão do concebido em querer conhecer seu pai biológico, ou seja, sua origem genética paterna, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana e risco de relações incestuosas.

Palavras chave: Paternidade biológica. Inseminação artificial. Sigilo. Doação anônima de sêmen. Conflito de direitos.

Sumário: Introdução. 1. A inseminação artificial heteróloga como meio de reprodução humana. 2. A evolução da ideia de família consangüínea para a de família socioafetiva. 3. Inexistência de relação de filiação entre o concebido por inseminação artificial heteróloga e o doador do material genético. 4. Nova ótica do direito à privacidade e à intimidade. 5. A quebra do sigilo das informações em virtude do direito fundamental à identidade genética. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo abordar o conflito existente entre o direito ao conhecimento à origem genética e o direito ao anonimato do doador do sêmen na técnica de inseminação artificial heteróloga, buscando, observado o princípio da razoabilidade, a melhor solução sob a ótica da Constituição Federal.

O desenvolvimento científico e tecnológico na realidade atual é imensurável, ensejando significantes alterações sociais, inclusive no âmbito do direito de família. É o caso da possibilidade da reprodução humana sem a necessidade de relação sexual, através da técnica da inseminação artificial, ou reprodução assistida. Diante dessa nova técnica, a essência natural da reprodução humana foi significativamente alterada, gerando discussões no mundo sócio-jurídico. A principal discussão acerca da alteração na natureza da reprodução humana diz respeito à possibilidade ou não daquele concebido através da técnica da inseminação artificial heteróloga conhecer a sua origem biológica paterna em face da ausência do elemento volitivo de querer ser pai do doador do sêmen para essa técnica de reprodução.

Dessa forma, apresenta-se um conflito de direitos entre o direito ao conhecimento da origem genética sob a ótica do concebido, amparado pelo princípio da dignidade humana preconizado na Constituição Federal, e o direito ao sigilo do doador do material genético, também devidamente resguardado pela Resolução n.º 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Nesse contexto, possíveis consequências decorrentes da utilização da técnica da inseminação artificial heteróloga devem ser analisadas, tais como a possibilidade de relações incestuosas entre irmãos, em razão da utilização por mães diferentes do sêmen do mesmo doador, bem como entre pai e filha e necessidade de conhecimento de eventual doença genética paterna.

Ademais, tem-se, ainda, a questão de formação da personalidade do indivíduo, que está inserida no direito da dignidade da pessoa humana, corolário da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, questiona-se o sigilo do doador do sêmen na técnica da inseminação artificial heteróloga.

Nasce, portanto, o conflito entre o direito do concebido através da técnica da inseminação artificial heteróloga em conhecer a sua origem genética e o direito ao sigilo do doador do sêmen para essa técnica.

Ademais, outro questionamento que surge é se diante do conhecimento à origem genética pelo concebido através da técnica da inseminação artificial heteróloga haverá, além da relação biológica, relação de paternidade com o doador do sêmen, como obrigação alimentícia e de afeto.

Isso porque, quando da doação do material genético os doadores de sêmen não têm o elemento volitivo de ser pai, bem como não possuem qualquer vínculo com as mães, tendo como única intenção auxiliarem mulheres que têm problemas de fertilidade, ou seus companheiros, e mulheres que pretendem produção independente, na concepção de um filho.

1. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL COMO MEIO DE REPRODUÇÃO HUMANA E O NOVO CONCEITO DE FAMÍLIA

Até a virada do século, a paternidade era uma paternidade natural, decorrente de um ato sexual que ensejava a concepção e posteriormente o nascimento da criança, entretanto, hoje se tem a paternidade em decorrência da inseminação artificial, através da adoção, dentre outras.

A inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga, sendo esta última a responsável pela alteração de determinados conceitos de família, refletindo em um conflito de direitos, o direito ao conhecimento da genética sob a ótica do concebido e o direito ao sigilo do doador do material genético.

Importante asseverar que diante da evolução dos paradigmas da família, o seu conceito foi bruscamente modificado, não sendo mais indispensáveis os laços matrimoniais tampouco a consanguinidade.

Isso porque, dentre outras avanços e evoluções da diversidade social e jurídica da família, surgiu a forma de reprodução humana através da chamada “inseminação artificial”.

A técnica da inseminação artificial ocorre com a introdução de esperma no interior do canal genital feminino, através de processos artificiais, sem qualquer relação sexual de fato, podendo, ainda, se dar com a retirada do óvulo do corpo feminino para fim de se implantar o esperma em laboratório e, posteriormente, reintroduzi-lo no aparelho reprodutor feminino com o intuito de gerar uma nova vida.

A inseminação artificial homóloga não gera muitas dúvidas, tendo em vista que apesar da concepção ocorrer através de inseminação artificial, os materiais genéticos utilizados são do próprio casal e, portanto, aqui coincide a relação de afeto que virá a existir e a relação genética.

Já a inseminação artificial heteróloga requer maior análise, uma vez que o material genético utilizado para a concepção do filho não é o do cônjuge, mas sim de um doador anônimo.

Ou seja, na inseminação artificial heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente e na hipótese de ser ela casada e tendo o marido consentido com a prática, será ele o pai, por presunção legal.

Uma vez realizada a inseminação artificial heteróloga, o doador do sêmen é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal, sendo o sigilo da sua identidade obrigatória e, assim, o entendimento é que a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de*

jure, pois não há possibilidade da filiação ser impugnada, trata-se, portanto, de presunção absoluta de paternidade socioafetiva com aquele companheiro, marido, da mulher.

Vale esclarecer que para a presunção absoluta de paternidade socioafetiva incidir nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, é imprescindível que haja o consentimento prévio do companheiro, cônjuge, marido da mulher que se submeterá a fecundação artificial.

Esse consentimento não admite retratação depois da implementação do óvulo, tendo em vista o início do processo gestacional.

1.1. A FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA

A inseminação artificial heteróloga é uma forma de reprodução humana que vem como solução para mulheres que pretendem uma família monoparenal, sem a presença da figura paterna, art. 226, § 4º da Constituição Federal ou para aquelas mulheres que possuem um companheiro, mas não logram êxito de fertilização, salientando-se que nessa hipótese não é necessário que o companheiro seja estéril ou tenha qualquer problema física ou psíquico que não o permita alcançar o êxito, entretanto, é imprescindível a sua anuência para a realização da técnica da inseminação artificial na sua modalidade heteróloga, na forma do art. 1.597, V do Código Civil, frise-se ser aquela que o material genético é de um terceiro anônimo.

Na segunda hipótese, será considerado para todos os efeitos da paternidade o companheiro da mulher que realizou a inseminação artificial heteróloga, mesmo não sendo o pai biológico, caracterizando, assim, novo conceito de família, onde o fundamento é o da paternidade socioafetiva, não podendo o companheiro que anuiu com a inseminação artificial heteróloga negar a paternidade da criança concebida através dessa técnica de reprodução, bem como todas as responsabilidades inerentes à paternidade.

Verifica-se, portanto, que atualmente o conceito de paternidade não é indissociável da genética, sendo perfeitamente possível o reconhecimento da paternidade decorrente do afeto, são as chamadas famílias socioafetivas.

As famílias socioafetivas são devidamente reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico, e nelas incide o princípio da afetividade, demonstrando que não se considera somente as famílias consanguíneas.

É justamente desse novo conceito de família que foi possível o reconhecimento das relações homoafetivas, prevalecendo o afeto como elo de ligação entre as pessoas.

Outrossim, com a Constituição Federal de 1988 houve também o reconhecimento dos filhos adotivos como filhos legítimos, sem qualquer distinção dos consanguíneos, corroborando o fundamento da relação de afetividade como elo familiar.

Isso porque, o fato de não haver relação genética, não quer dizer que não haverá vínculo de afetividade, e assim a sociedade vem reconhecendo e valorizando a cada dia.

Nesse sentido, leciona a professora Maria Berenice Dias¹, *in verbis*:

A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse do estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A afeição tem valor jurídico. A paternidade e a maternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa da sua vida.

Assim, é que na hipótese de inseminação artificial heteróloga não se verifica o elo da afetividade entre o doador do material genético, pai biológico, e o filho concebido por essa técnica, tendo em vista que ambos não possuem qualquer relação face ao procedimento da inseminação artificial, motivo pelo qual não há como considerar uma relação de paternidade, o que não exclui a relação congênita entre eles.

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.333.

Contudo, apesar da inexistência do elo afetivo na inseminação artificial heteróloga, acontece da criança, às vezes, querer saber sua origem genética, salientando que apesar da condição de anonimato concedida ao doador do material genético, não será suficiente para obstar o direito da criança em saber sua paternidade biológica.

Ora, nenhum direito é absoluto, impondo-se quando presente um conflito utilizar-se do princípio da razoabilidade para solucionar a questão, como na hipótese da quebra do sigilo na inseminação artificial heteróloga em prol do direito do concebido, se for o caso.

No entanto, quanto à condição das famílias socioafetivas, vale consignar desde já que a condição de pai biológico nessas circunstâncias não gera qualquer tipo de responsabilidade decorrente da paternidade, pois o doador em nenhum momento possuía o interesse em estar na condição de pai.

Vale ressaltar, que antigamente a filiação biológica preponderava em relação à filiação socioafetiva, o que não se verifica mais nos tempos atuais, entretanto, importante diferenciar filiação de origem biológica ou genética.

A filiação é o estado de pai de fato, aquele que possui a relação afetiva com a criança e assume as obrigações decorrentes da sua condição de pai, enquadrando-se na inseminação artificial heteróloga aquele que é companheiro e anui para que seja inserido sêmen de um terceiro anônimo no canal genital da sua companheira, não sendo admissível em nenhuma hipótese a negativa do reconhecimento da paternidade, ou seja, a filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco, conforme se depreende do artigo 227 da Constituição Federal e dos artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil.

A origem biológica ou genética é aquela em que se considera para efeitos de filiação o material genético, sendo relevante em determinadas situações, como por exemplo em caso

de doenças genéticas, impondo-se observar ser um direito do concebido através da técnica da inseminação artificial,

2. A EVOLUÇÃO DA IDEIA DE FAMÍLIA CONSANGUÍNEA PARA A DE FAMÍLIA SÓCIOAFETIVA

A Carta Magna de 1988 alargou o conceito de entidade familiar em vários âmbitos, consagrando proteção tanto à família constituída pelo casamento quanto à família monoparental e à união estável, passando, inclusive, a permitir a análise da união homoafetiva nesse mesmo contexto.

A atual concepção de família está calcada em uma verdadeira democratização dos sentimentos e, assim, passa-se a uma visão pluralista da família, abrigando as mais diversas formações familiares, buscando-se o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade.

Nesse sentido, é o entendimento da professora Maria Berenice Dias:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-la como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.[...] ²

Diante desse novo conceito, o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade e da pluralidade, ensejando uma nova leitura do direito de

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.42.

família e, portanto, o foco passa a ser o indivíduo e não os bens pertencentes à relação familiar.

Dessa forma, na medida em que o conceito de família sofreu mudança, o conceito de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de técnicas de reprodução permite enseja novo formato de concepção, não sendo mais exclusiva do contato sexual, motivo pelo qual a origem genética deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação.

Vale salientar que a nova ordem jurídica adotou a doutrina da proteção integral, e crianças e adolescentes passaram a ser sujeitos de direitos, em prol da dignidade da pessoa humana, deixando de lado a feição patrimonialista da família.

Destarte, proibiu-se qualquer discriminação quanto à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção.

Não se pode olvidar que essas mudanças refletem-se diretamente na identificação dos vínculos de parentalidade, ensejando conceitos mais adequados à realidade atual, tais como filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo.

Essas expressões conduzem ao mesmo fim, o reconhecimento no campo da parentalidade, tendo em vista que a filiação passou a ser identificada através do vínculo afetivo paterno-filial, ampliando-se, assim, o conceito de paternidade, que hoje compreende o parentesco psicológico.

Infere-se, portanto, que não mais interessa a origem da filiação, considerando os avanços científicos de manipulação genética para a utilização como método reprodutivo, como é o caso da fecundação assistida homóloga e heteróloga, ora em análise, a comercialização de óvulos ou espermatozoides e gravidez por substituição.

A paternidade, assim, deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, se biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.

Ademais, o afeto não é fruto da biologia, ou seja, o fato de duas pessoas possuírem a mesma descendência genética não é sinônimo de que ambas possuirão laços de afetividade, pelo que a sociedade contemporânea atribui um valor maior ao aspecto socioafetivo como determinante da filiação em detrimento do fator genético.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue, pelo que a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com a finalidade de garantir a felicidade como direito a ser alcançado.

Nesse sentido, o princípio da afetividade vem desconstituindo preconceitos e desenvolvendo políticas de incentivo à adoção que demonstram a importância do elo emocional entre pais e filhos. É diante dessa nova noção de família, consubstanciada em laços de afeto, que temos a ruptura de preconceitos que diferenciavam e afastavam as pessoas que não se enquadravam no estereótipo de família consanguínea.

Essas transformações resultaram no esvaziamento biológico da paternidade e, assim, pais e filhos não biológicos passaram a ser identificados através da construção de uma filiação psicológica.

De fato toda paternidade é necessariamente socioafetiva, mas se impõe observar se a mesma é de origem biológica ou não, ou seja, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica.

Maria Berenice Dias³ sustenta:

De um lado existe uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de

³ DIAS, op.cit., p.370.

um liame biológico entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade.

Dessa forma, verifica-se que a carga genética como elemento cerne da paternidade foi deixada de lado, assumindo o seu lugar os fatores determinantes da afetividade e da solidariedade, pelo que se conclui que a identificação da relação entre pai e filho não depende mais da exclusiva relação biológica, mas sim do vínculo da afetividade.

3. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE FILIAÇÃO ENTRE O CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

Os avanços científicos de manipulação genética popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, ocasionando uma reviravolta nos vínculos de filiação, visto que ao se tornar possível interferir na reprodução humana, por meio de técnicas laboratoriais, a procriação deixou de ser um fato natural para ficar sujeita à vontade do homem.

Isso posto, não é compatível se falar em afeto entre filho e doador de sêmen nas hipóteses de inseminação heteróloga, tendo em vista que o anonimato do último não permite a sua ocorrência.

Ora, se a ideia atual de família está prestigiando o afeto, não se pode considerar o doador anônimo do material utilizado na inseminação artificial como “pai” do concebido ante a ausência de qualquer relação fraterna ou emocional entre ambos, sendo tão somente seu genitor.

É inequívoca, portanto, a inexistência de relação de parentesco entre o concebido através de inseminação artificial heteróloga e o doador do sêmen, motivo pelo qual não há se falar em qualquer ônus decorrente de uma relação parental.

Isso porque, o genitor ao dispor de seu sêmen, pratica a mesma conduta daquele que doa um filho, restando destituído de qualquer poder de ingerência sobre a vida do menor, bem como o desincumbido de todos os encargos decorrentes da filiação.

Assim, é de se concluir que o filho concebido através da técnica de inseminação artificial heteróloga jamais poderá exigir prestação alimentícia ou qualquer outra ajuda de cunho pecuniário daquele que forneceu o material genético.

O entendimento não poderia ser diverso quanto à inexistência de obrigação do doador do sêmen prestar auxílio moral, fraterno, emocional ao filho concebido pela técnica da fertilização heteróloga, pois se o pai biológico preferiu doar anonimamente seu material genético é porque não possui interesse em arcar com o encargo emocional decorrente da condição de “pai”, de forma que não faria sentido impor-lhe esse ônus.

Apesar da questão biológica não ser mais o único fator a determinar as relações de filiação, bem como nos casos de inseminação artificial não ensejar obrigações decorrentes da condição de “pai”, há casos em que ela ainda surge com certa força, como na hipótese da criança interesse em conhecer a sua origem genética.

Dessa forma, ainda que o doador do material genético não seja considerado “pai” na atual concepção sócio-jurídica do termo, não se pode afirmar que tal condição se sobrepõe ao direito da criança de conhecer sua origem genética, ou seja, a garantia do anonimato do doador do sêmen não é absoluta quando em conflito com o direito ao conhecimento da origem genética pelo concebido através da técnica de inseminação artificial heteróloga.

Isso porque, o direito do concebido através da técnica da inseminação artificial heteróloga ter conhecimento sobre a sua origem genética não se confunde com o estado de filiação, conforme bem discorre Maria Berenice Dias⁴:

Essas realidades não se confundem nem conflitam. O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito da personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em relação de família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica. Essa distinção começou a ser feita principalmente a partir da descoberta dos indicadores genéticos e do acesso ao exame que permite identificar, de forma segura e nada invasiva, a verdade biológica. Agora é fácil descobrir a ascendência biológica, até porque a justiça vem franqueando a realizações das perícias gratuitamente.

Contudo, diante de todo o exposto, os deveres alimentares e fraternais não legitimam afastar o anonimato do doador, tendo em vista a inexistência de qualquer obrigação decorrente da filiação, em razão da ausência de relação afetiva que hoje caracteriza a relação parental.

4. NOVA ÓTICA DO DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

A leitura atual da privacidade e da intimidade foi substancialmente alterada, tendo em vista que novos interesses começaram a conflitar com a visão primária que se tinha desses dois direitos, nesse sentido, vale ressaltar a lição de Stefano Rodotà que o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma da *zero-relationship*, mas sim no eixo “pessoa-informação-circulação-controle”⁵

Dessa forma, tem-se que a proteção da privacidade deve ser interpretada como um elemento que tem por finalidade proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida, observada a solidariedade, e não como uma garantia ao isolamento, tranquilidade e egoísmo.

⁴ DIAS, op.cit., p.370.

⁵ RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995. p.102.

A evolução da leitura da privacidade e da intimidade acompanha o contexto dos chamados “novos direitos”, impondo-se novo tratamento pelo ordenamento jurídico.

É importante reconhecer a complexidade dos interesses ligados à privacidade e a intimidade, pois há um aspecto individualista de intromissões exteriores e outro destinado a tutelar de forma dinâmica os dados pessoais nas suas várias modalidades⁶, sem fracionar sua razão de ser, qual seja, a proteção à dignidade da pessoa humana, corolário da Constituição Federal de 1988.

Cumprido salientar, que a proteção do direito da privacidade deve respeitar também a proteção a outros direitos fundamentais, na medida em que novos interesses, bem como valores surgem com a evolução social.

É importante que a proteção ao direito da privacidade e da intimidade conduza os interesses envolvidos, atuando de acordo com a necessidade de maior ou menor proteção, observado outros valores e direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, sobretudo, que o ordenamento jurídico pátrio contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade e intimidade como direitos fundamentais.

Dessa forma, é necessária uma análise axiológica, a fim de possibilitar a concreta atuação e proteção de direitos, de acordo com o princípio da ponderação, observada a razoabilidade e a proporcionalidade.

Isso porque, a tutela do direito à privacidade e à intimidade não pode ser encarada de forma absoluta, ou seja, separadamente das cogitações sobre seu próprio fundamento que é a proteção à dignidade da pessoa humana, pelo que a atuação da tutela deve respeitar uma valoração complexa de direitos, a fim de analisar situações concretas de sua aplicabilidade.

⁶ Id. Prefácio à edição italiana de David Lyon. *La società sorvegliata*. Milano: Feltrinelli, 2002, p.XI.

5. A QUEBRA DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES EM VIRTUDE DO DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE GENÉTICA

O sigilo das informações é abrangido pelo direito à privacidade e à intimidade e que, portanto, observado o novo contexto que o mesmo se encontra, é imprescindível a análise de conflito de direitos sob a ótica do princípio da ponderação de direitos.

Ressalta-se que nenhum direito fundamental é absoluto quando contraposto a outro direito fundamental, devendo-se analisar os direitos fundamentais em conflito e através de uma análise axiológica sobrepor um a outro, a fim de solucionar o conflito existente.

A sociedade sempre está em processo de evolução e o Direito, como ciência humana e reguladora da sociedade, através de seus princípios e normas, precisa estar em consonância com essa evolução, inclusive no que tange a avanços tecnológicos e científicos para que a vida do ser humano possa ser facilitada, suprimindo suas necessidades, onde de modo natural não seria possível ocorrer.

O direito à intimidade e privacidade do doador de sêmen, ao ter sua identidade mantida em anonimato e sigilo, enfrenta opostamente o direito da personalidade, que é protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ensejando o questionamento quanto à possibilidade ou não da criança ter o direito de conhecer sua origem biológica.

Nesse sentido, vale asseverar que o progresso para a efetividade do direito à dignidade da pessoa humana, deve atuar no Direito sempre a evitar discordância com o nosso ordenamento jurídico, em razão de se tratar de um Estado Democrático de Direito.

No que tange à ciência e à tecnologia, mas especificamente às novas alternativas de reprodução humana, é imprescindível o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não se pode ignorar que o conhecimento da origem genética é importante, ou até mesmo indispensável, à formação da personalidade do indivíduo, ou seja, não se pode impedir

alguém de ter conhecimento sobre sua origem biológica, sob pena de ferir frontalmente o fundamento da Constituição Federal de 1988, qual seja o direito à dignidade da pessoa humana.

A quebra do sigilo das informações do doador de sêmen não pode superar o direito ao conhecimento da origem genética observada a ponderação de interesses, entretanto, quebrar o sigilo das informações não significa que o concebido através da técnica de inseminação artificial tenha relação de filiação com o doador.

Dessa forma, observada a atual concepção jurídica de paternidade socioafetiva, que o concebido não possui qualquer relação de filiação com o doador do material genético, não se pode obstar o direito ao conhecimento da origem biológica por parte do filho fruto da técnica da inseminação artificial heteróloga.

Nesse sentido, o entendimento é que “pai” é aquele que possui relação de afeto, ou seja, que presta auxílio fraterno ao filho, independentemente da identidade genética.

Diante do interesse do concebido na sua origem genética, impõe-se aplicação do princípio da ponderação de direitos, baseada na razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa forma, o conflito de direitos no caso em análise é entre o direito ao anonimato e o direito à identidade genética, representado pelo conhecimento da origem biológica.

Não se pode ignorar as várias razões que levam o doador de material genético utilizado em inseminação heteróloga a auxiliar mulheres que desejam conceber um filho sem a participação da figura paterna.

A conduta do doador não reflete o interesse em ser pai, mas tão somente em agir solidariamente ao próximo, justificando, assim, o seu direito ao anonimato.

No que tange ao direito à identidade genética, devemos levar em consideração ser prerrogativa de todo cidadão conhecer a sua origem genética, direito fundamental personalíssimo, indisponível e intransferível.

Justamente por se tratar de direito personalíssimo, o seu exercício não pode ser obstado pela Lei, ainda que em detrimento do direito ao anonimato do doador do material genético.

Dessa forma, apesar da previsão de sigilo da identidade do doador pelo Projeto de Lei 90/99, deve-se observar não ser absoluta, haja vista que uma vez tendo o concebido interesse em ter conhecimento a sua origem genética, esse direito deve ser relativizado em favor do direito fundamental desse último.

O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito da personalidade, entretanto, seu exercício não significa a inserção do concebido em uma relação de filiação diante do doador do sêmen.

Nesse sentido, importante esclarecer que buscar a origem genética não se confunde com buscar a paternidade, pois a paternidade não tem necessariamente relação genética, como nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga.

Isso porque, a presunção de paternidade não é exclusiva da filiação biológica, uma vez que também decorre, e de forma absoluta, da filiação nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga, observada a prévia autorização do marido.

Não obstante ao direito de sigilo do doador, bem como a ausência de relação de filiação com o concebido, impõe-se a sobreposição do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sob pena de prejudicar a formação do concebido como indivíduo.

Quanto à quebra do sigilo, outra questão deve ser analisada, o acesso a informações que possam auxiliar na descoberta de fatores que compõem a personalidade e que influenciam na autodeterminação e no histórico de saúde do concebido.

Deve-se prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana, que está assegurado como direito fundamental no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo definido pelo autor Alexandre de Moraes⁷ como:

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.

Assim, independentemente da existência de paternidade afetiva em relação ao doador do material genético, deve-se assegurar ao concebido o direito a verdade sobre sua identidade genética, com fulcro na dignidade da pessoa humana.

Ora, não é concebível uma norma individualizadora que impede o conhecimento por parte do indivíduo sobre sua origem, sob pena de violação a preceito constitucional fundamental de grande importância para o alcance dos objetivos sociais previstos na Constituição.

Ademais, aberrações poderiam advir caso o direito ao sigilo da identidade do doador fosse absoluto, como a manutenção de relações incestuosas entre irmãos, ou mesmo entre pai/doador e filha, sem que os mesmos soubessem da sua consanguinidade.

Cumprе ressaltar, que no caso de relações amorosas entre o concebido e o doador, incide analogicamente a norma prevista no art. 1626 do Código Civil, que proíbe o casamento entre os pais consanguíneos e os adotados.

As situações acima podem ocorrer atualmente em face da progressiva quebra de fronteiras promovida pelo avanço tecnológico e pela internet.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.16.

A ideia de que o doador está protegido pelo anonimato deve ser relativizada, a fim de garantir o direito do concebido de conhecer a sua origem genética.

Contudo, ressalta-se que tal entendimento não conduz à conclusão de que o doador possa ser considerado “pai” do concebido, pelo que não há se falar em qualquer prestação de auxílio financeiro tampouco fraterno.

O acesso às informações do doador não gera, em hipótese alguma, o dever de sustentar o “filho” oriundo do seu material genético, pois como dito não há relação de filiação entre eles, tão somente relação genética.

Diante do direito à identidade genética ser um direito fundamental integrante do direito da personalidade, conclui-se pela possibilidade da busca pela identificação da paternidade genética, ainda que não tenha qualquer efeito registral.

Dessa forma, entende-se, hoje, pela admissão do reconhecimento da filiação, mesmo sem gerar reflexos jurídicos e atenda, na verdade, tão somente à necessidade psicológica do concebido através da técnica de inseminação artificial heteróloga de conhecer a sua origem biológica.

Isso posto, não obstante o direito de sigilo do doador do material genético na inseminação artificial heteróloga, prevalece o direito do concebido de, quando for do seu interesse, obter informações acerca da sua descendência genética paterna.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não parece concebível conferir caráter absoluto ao direito do sigilo da identidade do doador do material genético, direito ao anonimato, a fim de

inviabilizar o direito ao conhecimento da origem genética, da paternidade biológica, daquele concebido pela técnica da inseminação artificial heteróloga.

Isso porque, nenhum direito é absoluto e, há outro direito que também exige observância, qual seja o direito ao conhecimento da origem genética decorrente do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana consagrados na Constituição Federal, sob pena do concebido desconhecer informações que interfiram e influenciam na sua personalidade.

Importante salientar que, ainda que se efetive eventual busca da origem genética, o entendimento é no sentido de que “pai” é aquele que possui relação de afeto, que educa, que dá carinho, configurando a relação socioafetiva com o concebido, não havendo se falar em relação de paternidade com o doador do sêmen.

Nesse sentido, não pode o doador de material genético ser chamado para contribuir com o sustento do concebido tampouco com apoio emocional.

Por fim, vale ressaltar que, o direito ao anonimato do doador vai de encontro ao direito de qualquer ser humano de ter acesso à sua origem genética, motivo pelo qual é impossível desconsiderar totalmente o aspecto biológico, sendo o mesmo direito fundamental decorrente do direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana que deve prevalecer sobre aquele.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e o biodireito*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110> Acesso em: 24 abril 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização Roque Antônio Carrazza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.

RODOTÀ, Stefano. Prefácio à edição italiana de David Lyon. *La società sorvegliata*. Milano: Feltrinelli, 2002.