

## 1 INTRODUÇÃO

Quando se fala em direitos fundamentais, uma das primeiras constatações que se realiza ainda em pensamento, é que são direitos estabelecidos na Constituição de cada país e que pertence a cada cidadão. Logo, o pensamento dirige-se às hipóteses e conflitos que podem existir entre os vários direitos fundamentais.

O assunto que será aqui tratado, refere-se à uma determinada colisão de direitos fundamentais, que embora seja de grande importância para a sociedade e para o próprio sistema constitucional, ainda não possui a devida proteção legislativa.

O objetivo principal do trabalho é estudar no âmbito da utilização da técnica de reprodução humana assistida (RHA) heteróloga, o conseqüente conflito que surge entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade genética da criança gerada, analisando com fundamento no direito constitucional, a melhor ou mais adequada solução de modo a proteger os titulares destes direitos fundamentais.

O artigo será dividido em cinco tópicos e depois a conclusão. No primeiro tópico, abordaremos o problema da infertilidade, apresentando-a como um problema de saúde, assim definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), demonstrando o avanço da medicina nesta área com o desenvolvimento de várias técnicas de procriação medicamente assistida.

No segundo capítulo, o estudo será direcionado à identificação ou não da existência de um direito de procriar, e que possa justificar o direito de acesso às formas de reprodução assistida por todos os cidadãos. No terceiro capítulo, após o estudo sobre a existência ou não do direito de procriar, o objeto de estudo serão os direitos fundamentais da criança a ser gerada pela reprodução assistida heteróloga, especificamente o direito a identidade genética.

No quarto tópico será analisada a decisão tomada pelo ordenamento jurídico de Portugal, que já legislou sobre o assunto, por meio da lei nº. 32/2006, estabelecendo as regras referente aos beneficiários, condições de admissibilidade, o direito à identidade genética, entre outros assuntos. No último tópico antes da conclusão, se analisará a legislação Brasileira sobre a matéria.

O tema é de suma importância, eis que o uso dessas técnicas tem sido frequente no Brasil, e não há legislação específica que trate sobre o tema, mas apenas projetos de lei, ainda em tramitação no Congresso Nacional. Há a lei de biossegurança (Lei nº 11.105/2005),<sup>1</sup> que

---

<sup>1</sup> Lei da biossegurança nº 11.105/2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm) Art. 1º. Caput. “Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o

segundo o seu *caput* dispõe regras sobre a utilização, fiscalização, descarte, entre outras funções, dos organismos geneticamente modificados, mas nada regula sobre o direito de procriar e seu alcance, as técnicas de reprodução assistida e quem são seus beneficiários, ou ainda em caso de conflito entre direitos qual deve prevalecer, enfim, esta lei não se ateve a nenhuma dessas questões.

Há também a resolução nº 2.013/2013 elaborada pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM), que aborda especificamente questões a respeito das técnicas de reprodução assistida, mas que não tem força normativa, e, portanto, inadmissível a sua vinculação pelos Tribunais em solução de processos.

Tal resolução do CFM, inclusive, está sendo objeto, conforme será analisado, da ação civil pública (nº 0013853-33.2013.4.01.3500, 7ª Vara Federal de Goiânia) acionada pelo Ministério Público Federal de Goiás, por ultrapassar questões apenas éticas, e pretender “dizer o direito” até mesmo limitando-o, e violando direitos fundamentais, como o direito de procriar, segundo o texto da ação.

Devido ao fato de que no Brasil não há lei, mas projetos de lei (PL) que estão objetivando normatizar este assunto, o trabalho também analisará notadamente o projeto de lei nº. 1184/2003, em trâmite no Congresso Nacional, a fim de verificar se os dispositivos estão em consonância com os princípios constitucionais e respeitando principalmente os direitos da criança a ser gerada.

## **2 INOVAÇÕES BIOMÉDICAS – AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA) OU ARTIFICIAL**

O desenvolvimento da medicina, associado aos recursos tecnológicos, no que diz respeito às técnicas de reprodução assistida, puderam proporcionar no longo das últimas décadas desde o nascimento do primeiro bebê de proveta em 1978, muitas novidades que possibilitaram a diversas pessoas, a realização da maternidade e da paternidade, que até então naturalmente, não era possível.

A busca pela remediação da fecundidade, expressada pela infertilidade (FIGUEIREDO, 2005, P.63) de muitos homens e mulheres, foi o que impulsionou a

---

armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

revolução na maneira de se ter filhos, surgindo o tratamento alternativo por meio das várias formas de reprodução artificial ou assistida.

É reconhecido já, e por isso, cumpre destacar que a infertilidade é considerada um problema de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>2</sup>, e é definida como sendo a não ocorrência de gravidez após doze meses ou mais seguidos de relações sexuais regulares sem uso de qualquer contraceptivo.

Sendo assim, pois, um problema de saúde pública, isso impõe uma preocupação dos governos no sentido de promover os meios de acesso e instrumentos adequados para o tratamento deste problema por todos os cidadãos.

Tal preocupação que deve integrar o planejamento e atenção à saúde pelos Estados referente ao acesso desses tratamentos de reprodução artificial, constituiu também um dos pontos questionados e estabelecidos como meta a ser atingida em 2015, pela Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento realizada no Cairo em 1994<sup>3</sup>.

Esta conferência realizada no Cairo estipulou como uma de suas metas a serem alcançadas, o acesso universal a uma ampla gama de serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar e as alternativas para sua concretização. Claro que é uma meta um tanto que corajosa, eis que há muito que se fazer para atingí-la.

No Brasil, por exemplo, os tratamentos de reprodução artificial de forma gratuita são extremamente deficitários, e obedecem a uma ordem estabelecida em uma espécie de fila de espera. Existem apenas nove hospitais públicos<sup>4</sup> que realizam este tipo de tratamento, o que é ínfimo considerando a demanda existente (GARRAFA; CORDÓN, 2006, p.87-88).

Ainda que ineficiente o acesso às técnicas de reprodução por todas as pessoas que delas necessitam, não se pode deixar de valorizar a preocupação que vem progredindo no que diz respeito à saúde reprodutiva ao longo dos anos, bem como a importância desses instrumentos internacionais que contribuem, para chamar mais atenção dos governos a dar efetividade a essas técnicas.

---

<sup>2</sup> Mais informações em: PORTUGAL. Direcção-Geral da Saúde Programa Nacional de Saúde Reprodutiva Saúde reprodutiva/Infertilidade/Direcção-Geral da Saúde. Lisboa: DGS, 2008, p. 5. Disponível em: <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/i009862.pdf>.

<sup>3</sup> Mais informações em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 13 Fev. 2014.

<sup>4</sup> Os hospitais que disponibilizam este tipo de tratamento gratuitamente, são: Hospital Materno Infantil de Brasília; Hospital Nossa Senhora da Conceição, em Porto Alegre; Hospital das Clínicas de Porto Alegre; Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo; Centro de Referência da Saúde da Mulher São Paulo - Pérola Byington; Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (SP); Instituto de Medicina Integral Prof. Fernando Figueira em Recife (PE) e o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Belo Horizonte (MG).

Tendo em vista que o presente trabalho tem como ênfase principal a análise jurídica das possíveis questões e consequências que envolvem as técnicas de reprodução artificial, limitar-se-á dessa forma apenas em citar os principais e mais conhecidos tipos de técnicas de reprodução artificial.

A mais conhecida das técnicas de reprodução artificial, é a inseminação artificial (IA). O procedimento desta técnica baseia-se na recolha e tratamento dos espermatozoides e posteriormente transferidos para o corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação.

Há duas formas de inseminação artificial. A IA homóloga, na qual os gametas utilizados são do próprio casal. Ou ainda, a IA heteróloga, quando há a necessidade de um doador do gameta masculino ou feminino, ou mesmo a doação dos dois gametas. Esta forma de reprodução heteróloga é normalmente requerida por mulheres solteiras que desejam ser mães, por casais, homossexuais e heterossexuais.

No caso da IA homóloga, um dos possíveis problemas que pode ser aventado (que também pode ocorrer na inseminação heteróloga) é a possibilidade de se realizar ou não a inseminação *post mortem*, na qual a transferência do gameta para o corpo da mulher somente acontece após a morte daquele que forneceu o sêmen que foi mantido congelado.

Já na IA heteróloga, a principal questão debatida, refere-se à preservação ou não do anonimato do doador em detrimento do conhecimento das origens genéticas pelo ser gerado, o que será detalhado adiante. Além deste, discute-se também a gratuidade ou onerosidade das doações.

Entre outras formas de procriação assistida, as mais utilizadas e comuns em diagnósticos, estão a fertilização *in vitro* (FIV) seguida da transferência de embrião (TE), a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), a transferência intratubária de zigoto (ZIFT) e a transferência intratubária de gametas (GIFT).

A fertilização *in vitro*, com a posterior transferência de embrião, tem seu procedimento iniciado com a recolha e tratamento dos espermatozoides assim como na inseminação artificial, no entanto, a fertilização ocorre em laboratório e somente depois de já formados os embriões, é que estes são transferidos para o corpo da mulher (ZANELATO, 2003, p. 216).

Este tipo de técnica na qual a fecundação ocorre em laboratório, permite que os ovócitos fertilizados sejam ou não da mulher que receberá a implantação dos embriões. Da mesma forma é com o gameta masculino utilizado na fertilização, o qual pode ser concedido por qualquer homem (ARAÚJO, 1999, p. 43).

As primeiras tentativas de fertilização *in vitro* ocorreram em animais, como o coelho. E somente depois de muito tempo de estudos e experimentações, nasceu na Inglaterra em 1978 o primeiro “bebê de proveta” (FIGUEIREDO, 2005, p.28). A injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) é técnica parecida com a fertilização *in vitro*, porém mais recente que esta. Nesta a fecundação do gameta masculino no ovócito ocorre de forma natural, enquanto que na ICSI há uma intervenção maior, manifestada pela injeção do espermatozoide no ovócito, a fim de obter a fecundação que se deseja (ZANELATO, 2003, p.220).

Este tipo de procedimento é mais utilizado quando o problema de fertilidade é predominantemente masculino, mais especificamente, quando o espermatozoide não possui a capacidade de sozinho, atingir e penetrar no óvulo feminino.

A ZIFT e a GIFT, são procedimentos em que ocorrem a transferência de embriões, zigotos ou gametas para as trompas no corpo da mulher. Neste tipo de técnica, a fertilização não acontece em laboratório, mas sim deverá ocorrer naturalmente após a realização da transferência (SILVA; COSTA, 2011, p.15).

Além de todas essas formas, há também a maternidade por substituição que não é propriamente uma técnica, por isso não foi acima relacionada, mas sim é uma alternativa utilizada para conceber um filho através de uma das técnicas de procriação assistida elencadas.

Considerando a existência de todas essas possibilidades, atualmente os operadores do direito buscam identificar e contribuir ainda que doutrinariamente para uma legislação que contemple as questões jurídicas decorrentes da utilização dessas técnicas de reprodução, de modo a preservar a vida humana e minimizar a ofensa a outros direitos fundamentais.

Portugal já possui uma legislação específica que aborda este tema, a lei nº 32/2006, em seu artigo 2º<sup>5</sup>, estabeleceu regras para serem aplicadas a determinadas formas de procriação medicamente assistida, entre elas, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, e outras.

No Brasil, conforme será demonstrado, ainda não há nenhuma lei no ordenamento jurídico que discipline o âmbito dessas técnicas de procriação medicamente assistida. O

---

<sup>5</sup> Lei nº 32/2006, disponível em: <http://www.dre.pt/util/getdiplomas.asp?iddip=20062457> - Artigo 2.º. Âmbito. A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA: a) inseminação artificial; b) fertilização *in vitro*; c) injeção intracitoplasmática de espermatozoides; d) transferência de embriões, gametas ou zigotos; e) diagnóstico genético pré-implantação; f) outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

projeto de lei nº 1184/2003 referente a este conteúdo, está há mais de dez anos no Congresso Nacional e possui consigo doze outros projetos apensados <sup>6</sup>

### **3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As várias formas de técnicas e as diversas possibilidades de sua utilização produziram no mundo jurídico a suscitação de muitas questões, como: considerando o direito de procriar, quem serão os beneficiários dessas técnicas?; O anonimato do doador de material genético, deverá ou não ser preservado?; Em qual ou quais condições será permitida a gestação de substituição ou “barriga de aluguel”, e como será estabelecida a filiação neste caso?; Será permitida a realização da fertilização “*pós mortem*”?, entre outras indagações.

Em razão da extensão do tema e de todas essas questões, o trabalho se aterá apenas à inseminação artificial na sua modalidade heteróloga, analisando se há e qual é o alcance do direito de procriar, bem como também o direito a identidade genética do filho proveniente da sua realização.

Caso se admita a existência do direito de procriar, as técnicas de reprodução assistida heteróloga ou qualquer outra, por respeito ao próprio princípio da igualdade e liberdade, e mesmo ao princípio da autonomia<sup>7</sup>, deve ser possível a todas as pessoas.

No entanto, há que se atentar para o seguinte: se por um lado o acesso indiscriminado da reprodução assistida heteróloga proporciona o exercício do direito à liberdade de procriar, de constituir família e planejá-la, por outro lado, atinge direitos do ser que vai nascer, o qual já nascerá sem o direito à identidade genética, e ainda sem o direito de nascer e conviver em uma família biparental (ASCENSÃO, 2008, p. 18), como defende alguns doutrinadores.

Como se pode estabelecer um consenso diante de tais situações? Qual direito é mais importante? E sob quais fundamentos? Como é tratada legalmente a questão no Brasil e pelo direito em Portugal? São essas as questões que se pretende estudar e responder.

#### **3.1 O Direito de procriar no ordenamento jurídico Brasileiro e no ordenamento jurídico Português**

---

<sup>6</sup> Em tramitação juntamente com este projeto há mais doze projetos apensados: PL 120/2003 (2); PL 4686/2004 ; PL 1135/2003 ; PL 2061/2003 ; PL 4889/2005 ; PL 4664/2001 ; PL 6296/2002 ; PL 5624/2005 ; PL 3067/2008 ; PL 7701/2010 ; PL 3977/2012 ; PL 4892/2012. Mais informações disponíveis em:

<sup>7</sup> O princípio da autonomia é um dos princípios bioéticos juntamente com o princípio da beneficência e da não maleficência, o qual resume-se na máxima de que não se deve obrigar alguém a realizar ou não algo que venha sobrepor as suas próprias convicções, de modo que a autonomia de cada indivíduo tem de ser indiscutivelmente preservada.

Como conceito de direitos fundamentais, Jorge Miranda (2012, p.9), pontifica que são direitos ou posições jurídicas ativas de pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição Formal, ou na Constituição Material.

O direito ao planejamento familiar, entendido também como direito à procriação ou ainda, direito de constituir família (PINHEIRO, 2013, p. 216), encontra-se estabelecido na Constituição Brasileira e também na Constituição Portuguesa, tratando-se de um direito fundamental.

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu em seu artigo 226, §7º<sup>8</sup>, o direito ao planejamento familiar caracterizando-o como livre decisão do casal, não somente vedando qualquer atitude coercitiva, como também estabelecendo o dever do Estado em propiciar as condições necessárias para realização deste direito. Contempla assim, o aspecto negativo e positivo do direito ao planejamento familiar.

De um lado garante a liberdade da pessoa em realizar o planejamento familiar – aspecto negativo, e de outro lado garante também o dever de auxiliar, informar, e possibilitar o acesso aos meios necessários para realização deste direito – o aspecto positivo.

Da mesma forma na Constituição Portuguesa de 1976, a qual primeiramente dispõe sobre o direito de constituir família e de contrair casamento no artigo 36, 1.<sup>9</sup>, deixando evidente não somente a existência do direito de constituir família, mas também o reconhecimento de que família nem sempre resulta do casamento (DUARTE, 2003, p.34), albergando desta forma, outros tipos de família, como a monoparental, por exemplo.

Mais adiante, a Constituição Portuguesa no artigo 67, nº 2, al. d)<sup>10</sup>, disciplina também sobre o planejamento familiar, sendo o mesmo garantido sobretudo com respeito a liberdade individual, devendo o Estado informar e possibilitar o acesso aos meios que o assegurem de forma efetiva.

---

<sup>8</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) - Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º § 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.

<sup>9</sup> Art. 36.º (Família, casamento e filiação) 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”

<sup>10</sup> Art. 67. 2. d) Garantir no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitem o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.

No Brasil, embora tenha disposto se tratar de uma livre decisão do casal, o direito ao planejamento familiar foi regulamentado pela Lei nº 9.263/96, e esta o define como conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos de constituir, limitar ou aumentar a prole, pela mulher, pelo homem, ou pelo casal<sup>11</sup>.

Que se trata de um direito regulado, isso foi constatado, mas em que pese a legislação sobre o direito de planejamento familiar, qual seria o limite deste direito. Seria um direito pleno? Absoluto? O direito ao planejamento familiar significa também o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida?

Da análise dos artigos que garantem o planejamento familiar no Ordenamento Jurídico Brasileiro, entende-se que o planejamento familiar possui limites estabelecidos pelo próprio legislador, de modo que a liberdade de procriar é obstaculizada pela observação ao princípio da paternidade responsável e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a limitação legislativa do direito e acesso as técnicas de reprodução assistida como forma de exercício do direito de procriar, deverá ser realizada pelo legislador em conformação com o texto constitucional. Ou seja, limitar quando achar necessário para proteger a dignidade da pessoa humana e para proporcionar a realização de uma paternidade responsável.

A Constituição Portuguesa já legislou sobre este tema e limitou o acesso as técnicas de reprodução assistida<sup>12</sup>, o que também acaba por limitar consequentemente a liberdade de procriar. Veja-se que ao garantir o direito ao planejamento familiar, a Constituição Portuguesa, no artigo 67.2. d), também estabelece a necessidade de assegurar e organizar as estruturas jurídicas e técnicas de forma que se permita uma maternidade e paternidade conscientes.

J.J. Canotilho e Moreira (2007, 859) assinalam que a garantia do direito ao planejamento familiar, não significa o direito ao acesso das técnicas de procriação médica, e ratificam ainda, que essas técnicas são subsidiárias e não alternativas.

Ainda que o direito positivo não tenha sido expressamente no sentido do direito de acesso as técnicas de procriação, ambas as Constituições, Portuguesa e Brasileira, conforme já demonstrado, garantem o planejamento familiar em um aspecto positivo, traduzido no fornecimento e informação pelo Estado dos meios para a realização daquele direito.

---

<sup>11</sup> Lei nº 9.263/96. Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

<sup>12</sup> Portugal legislou (Lei nº 32/2006) sobre as técnicas de reprodução assistida e limitou o acesso a essas, admitindo o uso dessas somente para casais heterossexuais casados ou em condições análogas a essa há pelo menos dois anos.



Sendo assim, as técnicas, ainda que seja entendida como um método subsidiário, é um dos meios para a procriação, e por isso faz parte do aspecto positivo do direito ao planejamento familiar. No entanto, não significa que o Estado, incondicionalmente e irrestritamente, tem de proporcionar ou permitir este acesso a todos.

Até mesmo porque, o aspecto positivo do direito fundamental ao planejamento familiar, no que diz respeito ao acesso das técnicas de procriação, já é limitado por seu alto custo, o que impossibilita, embora não justifica completamente, o Estado proporcionar sua concretização a todos<sup>13</sup>. De outra forma, considerando que as técnicas de reprodução assistida, trata-se de um método subsidiário de procriação médica, o acesso a estas devem ser desde logo, indicadas e permitidas àquelas pessoas que possuem algum tipo de infertilidade, ou para evitar o surgimento de doenças graves e prevenir transmissão de outras (PINHEIRO, 2013, p. 219), como já estabelece o Conselho Federal de Medicina.

Dessa maneira, os limites a este direito no aspecto positivo, seriam: primeiro, o caráter subsidiário do método; e, segundo, devido ao alto custo destes tratamentos seria impossível ao Estado prover o acesso a todos os que precisam deste meio para exercer o direito ao planejamento familiar. Já o limite do direito sob a ótica do aspecto negativo, ou seja, a liberdade de procriar, consubstancia no fato de que esta liberdade, seguindo o entendimento de Diogo Leite de Campos (CAMPOS, 2008, p. 85.), não pode ultrapassar o

---

<sup>13</sup> As decisões a respeito da invocação ao tratamento de reprodução sob o fundamento do direito ao planejamento familiar (226, §7º), tem sido diversas. Em algumas, improcedentes, o magistrado ressalta que tal prestação não cabe ao Estado, eis que fora do orçamento e incompatível com a reserva do possível. Nas procedentes, os juízes consideram que o acesso ao tratamento de reprodução assistida deve sim ser fornecido pelo Estado, pois trata-se de um dos meios para a realização do planejamento familiar, para o qual, o Estado garantiu o acesso, e por isso deve efetivar.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 226 DA CF E LEI Nº 9.263/96. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TRATAMENTO. DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. I - A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei nº 9.263/96, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II - Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução in vitro. III - Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da Autora do tratamento pleiteado (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade. (TRF-2 - AC: 200551010049583 RJ 2005.51.01.004958-3, Relator: Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 11/07/2007, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::24/07/2007 - Página::595) Disponível em: <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6420636/apelacao-civel-ac-200551010049583-rj-20055101004958-3>.

direito da criança que vai nascer, de maneira a instrumentalizá-la como objeto de desejo dos beneficiários destas técnicas de reprodução assistida.

#### **4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA A SER GERADA PELA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**

Como demonstrado no tópico anterior, a Constituição Portuguesa e a Brasileira garantiu o direito de procriar, que como visto não é um direito absoluto.

As técnicas de procriação medicamente assistida constitui um dos métodos para a realização do direito ao planeamento familiar, mas a aceitação destas sem restrições, embora proporcione o exercício ao direito de procriar, ofenderá alguns direitos fundamentais da criança que irá nascer.

Consoante já delimitado, será analisado o direito da criança ao conhecimento das origens genéticas no âmbito da reprodução assistida heteróloga, o qual é obstaculizado pelo sigilo do tratamento, bem como por confrontar diretamente com o direito do doador de se preservar anonimamente.

##### **4.1 O direito à origem genética como direito de personalidade e o fundamento deste direito no ordenamento jurídico Português e Brasileiro**

Em sendo admitida a reprodução assistida heteróloga, independente da determinação de quem serão os beneficiários, existe um direito de personalidade, do qual a criança é o titular e que não será efetivado, qual seja, o direito à identidade genética.

Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 121):

(...)o direito de personalidade é o que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Assim, os direitos de personalidade são essenciais para o completo desenvolvimento da pessoa, protegendo a integridade de cada ser humano em seu aspecto físico, psicológico e moral. Sílvia de Salvo Venosa (2009, p. 199) caracteriza os direitos de personalidade como inatos e vitalícios, porque nascem com a pessoa e a persegue pela vida toda, imprescritíveis sendo oponíveis a qualquer tempo, indisponíveis e absolutos. Desta forma, cada pessoa é

titular exclusivo dos direitos que incidem sobre a sua personalidade, de modo que ninguém pode apropriar ou adquirir direitos que irradiam sobre a personalidade de outra pessoa (CAPELO DE SOUZA, 2011, p. 533).

O direito à identidade genética é intrínseco ao nascimento, sendo um direito de personalidade.<sup>14</sup> A pessoa nasce e já possui o direito de saber as suas origens genéticas, razão pela qual, não pode ser obstaculizado pela vontade de outrem. Rafael Luís Vale e Reis (2009, p. 194), conceitua o direito à identidade genética, como sendo a faculdade que deve ser reconhecida ao indivíduo de, sem quaisquer obstáculos injustificáveis, aceder a sua origem biológica, e de estabelecer, eventualmente, um vínculo jurídico com seus progenitores.

No ordenamento jurídico de Portugal, não existe previsão constitucional expressa do direito à identidade genética, mas este encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º da CRP) que tem uma função unificadora de todos os direitos fundamentais (REIS, 2008, p. 58).

Ainda que não conste expressamente na Constituição o direito a identidade genética, o fundamento deste no direito português é muito mais claro que no direito brasileiro. Na Constituição Portuguesa, é previsto no artigo 26<sup>15</sup>, quando se fala dos direitos pessoais, o reconhecimento do direito a identidade pessoal, e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>16</sup> (Art. 26, nº. 1 da CRP). Ainda, a Constituição Portuguesa prevê o direito à integridade pessoal (Art. 25, nº.1 da CRP)<sup>17</sup> e direito a identidade genética do ser humano (REIS, 2008, p. 56-74).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à identidade genética também não é previsto expressamente, mas possui igualmente, como principal fundamento o princípio da

---

<sup>14</sup> No Brasil ao contrário de Portugal, não existem dúvidas e discussões notáveis acerca da aplicação e efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por isso, se abre esta nota de rodapé para assinalar que em Portugal, discute-se se o direito à identidade genética qualifica-se além de direito fundamental, como um direito de personalidade, devido ao fato da discussão da eficácia dos direitos fundamentais entre privados neste país.

<sup>15</sup> Art. 26º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

<sup>16</sup> A obstaculização desproporcional no direito ao conhecimento das origens genéticas pelo interessado, ofende de forma incontestável a liberdade individual da pessoa humana, afeta o seu desenvolvimento como pessoa.

<sup>17</sup>Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal) 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. – Relaciona este artigo como fundamento, devido ao fato de que o desconhecimento das origens pode afetar a saúde psicológica e até mesmo física da pessoa.

dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CFB), bem como também o direito à integridade pessoal, compreendida aqui a integridade física, moral, psíquica e até intelectual, e o direito à intimidade (art. 5º, X, CRF).

Ainda, sobre a fundamentação no Brasil, a Professora Maria Vital da Rocha<sup>18</sup>, acrescenta que o direito a identidade genética pode ser requerida até mesmo com base no direito a informação, o qual é protegido constitucionalmente como um direito fundamental<sup>19</sup>.

Que o direito à identidade genética seja um direito constitucionalmente protegido em ambos os ordenamentos jurídicos, é inquestionável, no entanto, tratando-se deste direito no contexto da reprodução assistida heteróloga, a sua efetivação torna-se mais difícil, em razão de que confronta-se diretamente com direito ao anonimato do doador.

#### **4.2 O direito à identidade genética em conflito com o direito do anonimato do doador**

A técnica de procriação assistida heteróloga se realiza por meio da doação de espermatozoides e/ou ovócitos. Em quaisquer dos casos, a criança gerada não saberá a sua origem genética, ou seja, a procriação através desta técnica furta (ASCENSÃO, 2008, p.18.) da criança antes mesmo de nascer, um direito do qual é a única titular.

O direito de conhecer a origem genética no âmbito das técnicas de reprodução assistida fica arbitrariamente prejudicado devido ao fato da sigilosidade exigida para a concretização destes tratamentos. Sigilo nas doações, sigilo dos funcionários, sigilo mantido ou não pelos seus beneficiários após a realização do tratamento.

Se a criança a ser gerada possui o direito a identidade genética, com fundamento nos princípios e direitos enunciados anteriormente, qual a razão de mitigar ou praticamente extinguir a sua efetivação? Porque o direito ao anonimato, fundamentado no direito à vida privada e familiar (art. 26, nº. 1, CRP e art. 5º, X, CRFB), pode ser mais valorado que o outro, se ambos são direito fundamentais?

A favor do direito à identidade genética, os que defendem a sua efetivação ressaltam para o fato deste direito ser necessário para o desenvolvimento pleno da personalidade do

---

<sup>18</sup> Em palestra apresentada na Jornada de Direito de Família de 05 a 07 março de 2014, na Faculdade de Direito de Lisboa, expôs sobre os conflitos jurídicos e sobre o direito à identidade genética, fundamentando este direito inclusive no direito constitucional à informação.

<sup>19</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

indivíduo, é parte da história de sua vida, a qual pertence somente à criança e cabe a ela decidir ter ou não acesso a essas informações.

Em contraposição, aos que defendem o direito ao anonimato, revelam a preocupação com a dificuldade que se teria para angariar doadores, caso a identidade destes fossem reveladas quando requeridas. Além disso, existe também preocupação relativa às questões de filiação e de direito patrimonial.

Aqui, no entanto, defende-se que direito à identidade genética das crianças advindas da procriação assistida heteróloga, se resume no direito de conhecer a sua história, sua ascendência biológica. Não se pugna por um direito de paternidade ou mesmo direito à herança do doador.

Apenas para ilustrar o alcance psicológico que a falta da identidade biológica pode causar na vida de uma pessoa, cita-se um trecho do livro do neurocirurgião Eben Alexander (2013, p. 67), em seu livro intitulado “Uma prova do céu”, onde descreve o sentimento que teve ao descobrir a sua origem biológica:

Estranhamente, ao encontrar minha família de sangue, pela primeira vez na vida senti que as coisas realmente estavam bem. Família é importante, e eu tinha uma parte da minha de volta. Foi quando descobri que o conhecimento de suas origens tem o poder de curar sua vida de maneira inesperada. Saber de onde vim, conhecer minhas origens biológicas, me permitiu enxergar – e aceitar – coisas que nunca imaginei ser capaz de entender. Comecei a experimentar uma sensação de completude que nunca havia vivenciado.

Importa destacar que no livro do qual se retirou o trecho acima, o autor não foi gerado por meio da procriação heteróloga, mas havia sido entregue para adoção. Em que pese a diferença das situações, o sentimento de conhecimento da origem biológica é passível de comparação.

Conforme assinala Stela Barbas (2008, p. 39), o ambiente familiar é sim imprescindível para o crescimento e aprendizado da criança, no entanto, não oferece o total conhecimento da pessoa individual, caso não lhe seja conhecida a sua identidade biológica. Conhecer a identidade biológica, não significa o rompimento do vínculo jurídico estabelecido para a formação do vínculo biológico identificado.

Rafael Luís Vale e Reis (2008, p. 117.), sobre isso, afirma o surgimento de um novo tipo de biologismo, ressaltando que não há lugar somente para o biologismo clássico, que busca coincidir os vínculos jurídicos com os vínculos biológicos. Hoje, em razão da grande quantidade de crianças adotadas, e principalmente pela utilização de técnicas de reprodução

assistida, este novo biologismo, pretende apenas assegurar o direito ao conhecimento da identidade biológica.

Igualmente, torna importante frisar que não obstante a importância da afetividade na filiação e que embora a pessoa esteja alocada em uma família que lhe proporcione o suprimento de todas as suas necessidades, isto não pode servir de critério de exclusão de acesso às informações da identidade biológica, seja pela criança oriunda da procriação heteróloga, ou pela que foi adotada.

Neste sentido, Stela Barbas (2008, p. 39.) conclui que “uma coisa é o reconhecimento da relevância da paternidade social, outra é sacrificar, postergar, em função da ênfase na paternidade social, o direito a identidade, mesmo que não tenha qualquer efeito patrimonial.”

Jorge Duarte Pinheiro (2013, p. 229.) a respeito deste conflito de direitos, entende que o doador de espermatozoides ao contribuir para um processo de procriação, faz isso com uma “expectativa legítima” de não ser identificado futuramente, seja como pai, ou mesmo o genitor de um indivíduo.

No entanto, continua o autor, afirmando ser “muito problemática a defesa da constitucionalidade do anonimato do doador, porque a pessoa nascida graças a doação tem direito a sua identidade pessoal (art. 26, nº 3, da CRP) genética, o que inclui o direito de conhecer a pessoa que lhe transmitiu os genes.” E acaba por concluir que a relevância do direito a identidade biológica é aparentemente muito mais importante que uma “expectativa legítima” do doador, pelo que o direito ao anonimato não pode ser absoluto (PINHEIRO, 2013, p. 229.)

Se o direito ao anonimato não pode ser absoluto sob o argumento das questões que envolvem filiação e patrimônio, eis que conforme restou demonstrado, o direito à identidade genética, não faz a pessoa buscar um pai, nem uma herança, mas apenas ter direito ao acesso de parte da sua história, da sua identidade. O que se dirá, então, do argumento da escassez de doadores diante da quebra do anonimato?

Para além das questões de filiação e direito patrimonial, o direito ao anonimato também é defendido sob a justificativa de que a sua não proteção irá fazer com que diminua significativamente o número de doadores, o que conseqüentemente prejudicará o tratamento da procriação médica (PENNINGGS, *apud* REIS, 2008, p. 462.).

Ao passo que alguns autores afirmam que o problema da queda de doadores seria resolvida apenas com a exclusão do direito dos filhos à herança dos doadores (PATTI, *apud* REIS, 2008, p. 462), outros acreditam que a diminuição da ocorrência de tratamentos de

reprodução heteróloga não é tão ruim, visto as sérias controvérsias que a rodeiam, e alertam para o fato de que seria preciso apenas uma habituação às novas regras, e então, haveria a constância de doadores, inclusive o surgimento de novos doadores.

A fim de tentar dar uma solução para a questão do anonimato, há quem defenda a implantação de um “sistema de dupla via” (PENNINGGS, *apud* REIS, 2008, p. 466.). Por meio deste, os doadores seriam divididos em dois grupos distintos, os que querem o anonimato e os que permitem a revelação da sua identidade quando requerida pelo filho gerado. Este sistema, no entanto, conforme ressalta Rafael Luiz Vale e Reis (2008, 467), dá vazão para outra questão, a da igualdade de direitos, eis que por este sistema, alguns filhos poderiam ter acesso e conhecer a sua identidade genética e outros não, sendo, portanto, inaceitável na perspectiva da efetivação do direito ao conhecimento da identidade genética.

A garantia do anonimato sob este argumento (escassez de doadores) mostra-se frágil e revelar-se-ia incontestavelmente como uma afronta ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que em síntese, protege a pessoa como um ser e não como uma “coisa”.

É evidente que na dimensão de utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga, há um conflito direto entre esses dois direitos fundamentais. E devido ao fato de que os direitos fundamentais não são absolutos, notadamente quando estão em conflito, um direito terá seu exercício sacrificado para que o outro seja realizado (ANDRADE, 2012, p. 277.).

Assim José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 280.) assinala, no sentido de que os direitos fundamentais não estão sujeitos ao exercício arbitrário dos seus titulares, de maneira que não podem exercê-lo em um âmbito e forma de satisfação que queiram, porque é inevitável o conflito.

Ao tratar da matéria sobre colisões ou conflitos entre direitos, Vieira de Andrade (2012, p. 303.) expõe a dificuldade de estabelecer uma legislação geral e abstrata, tendo em conta a diversidade de possibilidades de conflitos que podem surgir na sociedade. Ficando, pois, a decisão, sob a responsabilidade do julgador, a qual deverá ser realizada por meio de um juízo de ponderação de modo não afetar o núcleo essencial dos direitos colididos e atender a ordem constitucional.

Embora tratar-se de um conflito de direitos fundamentais, a colisão entre o direito a identidade genética e o anonimato do doador, não pode ser resolvida com uma medida harmonizadora decorrente da análise de casos concretos. Um dos motivos para essa recusa, é que tal medida deveria ser proveniente do poder judiciário, o que irá afetar ainda mais a ordem do sistema judiciário que já se encontra um tanto quanto deficitária.

Entende-se por bem, que a resolução deste conflito reclama uma intervenção legislativa, a qual já foi realizada em Portugal através da lei 32/2006, e no Brasil, não obstante a propositura de projetos de lei, ainda encontra-se pendente de normatização.

E a legislação que objetivará restringir o exercício de um desses direitos fundamentais, deve levar em consideração na análise dos argumentos, precipuamente a pessoa que vai nascer, que não pode ter seus direitos e sua personalidade reduzida ao significado do desejo de uma outra pessoa, por mais bem que esta lhe deseja fazer.

## **5 A LEI Nº. 32/2006 – DECISÃO TOMADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

Como em muitos outros países, em Portugal já existe regulamentação para as técnicas de procriação medicamente assistida. Aliás, a própria Constituição Portuguesa reconheceu a necessidade de legislação específica, dispondo como reserva de lei no artigo 67, 2, alínea e - *“Regulamentar a procriação assistida, em termos que resguardem a dignidade humana”*.

Assim, mesmo que considerada uma elaboração tardia por alguns autores (REIS, 2008, p. 373.), a lei 32/2006 trata especificamente do assunto. Destacar-se-á apenas os principais pontos relevantes para o trabalho, tendo em vista que a lei conta com mais de 40 artigos.

Como característica fundamental da procriação assistida, o artigo 4º já ressalta que todas as técnicas fazem parte de um método subsidiário e não alternativo para se ter filhos. Além disso, dispõe como condições para sua admissibilidade, que somente pode ser utilizada quando verificado: *“diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”*.

Quanto ao anonimato e identidade doador, a lei consagrou no artigo 15<sup>20</sup> a confidencialidade nos processos de reprodução humana assistida, porém com exceções.

---

<sup>20</sup> Art. 15º - Confidencialidade.

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação



Primeiramente destaca no n.º. 2 do artigo mencionado que as pessoas nascidas por esse tipo de técnica pode obter informações genéticas que lhe digam respeito, mas exclui a identificação do doador. O n.º. 3 do artigo, ratifica o dever da confidencialidade e dispõe que a identificação do doador poderá ser revelada, se este assim permitir.

Além da possibilidade de revelação da identidade do doador quando este autorizar, o n.º. 4 da lei estabelece que a identificação também será possível e permitida, quando o requerente tiver “razões ponderosas” para tanto, mas tal permissão somente será concedida ou não por decisão judicial. Assim, a confidencialidade do doador será descartada quando o juiz, na análise do caso concreto, entender ser necessário.

José de Oliveira Ascensão, ao falar sobre a reprodução assistida heteróloga, assinala que isso não pode impedir que o novo ser tenha o direito de conhecer aquele de quem biologicamente descende. O direito ao conhecimento das origens não se limita às hipóteses em que há a necessidade médica ou qualquer outra, pois existe independentemente de uma “justa causa” (ASCENSÃO, 2008, p. 17.).

Esta foi a posição unânime do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em Portugal (Conev), no parecer sobre a procriação medicamente assistida, mas a posição foi mudada pela Assembleia da República, ao aprovar a Lei 32/2006, onde colocou as exceções já comentadas a respeito do anonimato do doador de sêmens (ASCENSÃO, 2008, p. 18).

A lei atendeu muito minimamente o direito à identidade genética, praticamente desconsiderando o artigo 26º, 3 que garante o direito a identidade genética do ser humano, e atribuiu a ação e a responsabilidade para o Juiz, ao estabelecer que a identidade poderá ser revelada por sentença judicial.

Diante da ineficiência da lei no tocante a efetivação do direito a identidade genética, alguns autores como Rafael Luís Vale e Reis (2008, p. 476.) e Stela Barbas (2008, p. 39.) fazem proposta de alteração legislativa. Stela Barbas (2008, p. 39.), ao falar sobre o patrimônio genético, ou identidade genética, salienta a importância desse direito, e faz proposta legislativa no sentido de que o ser gerado das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, tendo atingido a maioria, livre de qualquer obstáculo, tem direito de saber sua origem genética.

---

medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do doador, excepto se este expressamente o permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do doador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Como proposta de alteração legislativa, Rafael Luís Vale e Reis (2008, p. 476.), entende pela prevalência do direito a identidade genética, defendendo que a invocação de “razões ponderosas” descritas na lei, deve ser utilizada pelos doadores que não querem ter sua identidade revelada.

Seguindo em grande parte o modelo legislativo referente à matéria, da Suíça, este autor defende que a realização deste direito deve operar da seguinte forma: o indivíduo tendo atingido a maioridade, ou antes, desde que representado, poderá requerer perante as autoridades competentes o seu direito a identidade genética. Tais autoridades deverão entrar em contato com o doador e informar-lhe da decisão do indivíduo. A partir deste momento, o doador poderá no prazo de 15 dias impugnar judicialmente essa pretensão sob o argumento da existência de razões ponderosas. Até o trânsito em julgado desta decisão, a identidade do doador tem que ser preservada. Não utilizando o doador desta faculdade de impugnar, passando o período de 15 dias, a identidade será revelada.

Veja que a alternativa proposta por Stela Barbas (2008, p. 40.) exclui completamente a confidencialidade do doador, ao passo que Vale e Reis (2008, p. 477.), embora dê prevalência ao direito de conhecer as origens genéticas, estabelece uma faculdade ao doador de requerer judicialmente que seja mantido no anonimato. Fato é que a proposta deste último, poderá fazer com que surja dois grupos de indivíduos, os que conseguirão saber sua origem genética, porque os doadores não vão se opor, e os que não conseguirão devido a impugnação dos doadores.

Destarte que o direito de conhecer a origem genética deve ser preservado sem obstáculos para a sua realização, pois o indivíduo não pode ser utilizado como um instrumento de desejo<sup>21</sup> de uma pessoa, ou um casal, e muito menos ter sua dignidade desvalorizada sob um argumento inegavelmente financeiro que recai sobre o perigo da diminuição de doadores, caso o anonimato não seja mais preservado.

## **6 A SITUAÇÃO ATUAL REFERENTE AO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No Brasil, no que se refere a normas de reprodução assistida, embora haja muita necessidade de uma lei específica sobre o tema, o que existe são projetos de lei que tramitam

---

<sup>21</sup> Instrumento de desejo aqui, é no sentido de que a pessoa detentora do direito de procriar e que quer muito ter um filho, não pode exercer este direito para realizar sua vontade esquecendo-se sobretudo dos direitos que está furtando da criança que ainda nem nasceu.

há anos no Congresso Nacional, sem nenhuma previsão de promulgação de lei. O que rege as clínicas de reprodução assistida no Brasil, é a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.013/2013<sup>22</sup>, de caráter deontológico, mas que muitas vezes, na falta da legislação, têm servido de fundamento para decisões judiciais.

A resolução do CFM, que a princípio seria para organizar e estabelecer diretrizes éticas a serem obedecidas pelos médicos e estabelecimentos de reprodução artificial, acabou por “legislar” no lugar do Congresso Nacional. Significa que hoje no Brasil, com base na resolução, tudo é permitido! Mulher e homem solteiro ou em casal, seja heterossexual ou homossexual tem acesso as técnicas de reprodução assistida. Possuem um acesso sem restrições, pois a restrição é somente se o médico não quiser fazer o tratamento. (Objeção de Consciência do médico)<sup>23</sup>.

Veja, pois que pela resolução, as técnicas de reprodução humana assistida podem servir a todos, sendo o único limite (suposto limite) a objeção de consciência do médico. Esta resolução, está sendo objeto na Ação Civil Pública<sup>24</sup> intentada pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, pois foi considerada por este, ofensiva aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, especificamente os direitos reprodutivos da pessoa humana.

O Ministério Público Federal (MPF), em suas razões de direito, argumenta que o CFM ultrapassou completamente seu poder regulamentar. Embora no início da resolução descreva que esta se trata de normas éticas, não foi isso o que ocorreu. Devido a isso, o MPF, postula perante a justiça, a inconstitucionalidade dessa resolução, pois o CFM ultrapassou a sua legitimidade de regulamentação legislando no lugar das autoridades competentes, e acabou ofendendo direitos fundamentais – mormente os direitos de reprodução e também o direito à identidade genética, visto que a restrição tem que partir, tão somente, do poder legislativo.

---

<sup>22</sup> Mais informações disponíveis em: [www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) . Acesso em 17 Jun. 2014.

<sup>23</sup> II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

<sup>24</sup> Ação Civil Pública nº 0013853-33.2013.4.01.3500, em trâmite na 7ª Vara Federal da cidade de Goiânia Goiás. Disponível em: [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=11761d1719575ca90eb6b90899e6ac9f&trf1\\_captcha=8syr&enviar=Pesquisar&proc=00138533320134013500&secao=GO#abamovimentacao](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=11761d1719575ca90eb6b90899e6ac9f&trf1_captcha=8syr&enviar=Pesquisar&proc=00138533320134013500&secao=GO#abamovimentacao).

Quanto às normas legais, como já mencionado, não há nada. Apenas se depreende do artigo 1.597 do Código Civil<sup>25</sup>, que a reprodução assistida é permitida, mas fala-se somente com relação à filiação. Ou seja, não há a regulamentação específica das questões mais importantes. Existem ainda, muitos projetos de lei (PL) no Congresso Nacional que objetivam a regulamentação da matéria, mas todos estão parados, sem previsão para entrar em pauta novamente. O em estágio mais avançado, é o PL 90/99, renumerado para 1184/2003<sup>26</sup>.

O último andamento do projeto de lei foi em fevereiro de 2013, e como consta no site do Congresso Nacional, foi para solicitar prioridade na tramitação<sup>27</sup>, requerendo a realização de audiência pública a fim de se avaliar os diferentes aspectos que cercam a matéria, aspectos científicos, éticos e constitucionais.

Considerando o vácuo legislativo, o projeto de lei que objetiva, ainda que vagarosamente, a regulamentação das questões que envolvem as técnicas de RHA, no que se refere ao direito à identidade genética, tende a proteger a princípio do anonimato do doador, porém, a pessoa terá direito de conhecer sua origem genética, se assim desejar.

Pela resolução do CFM, o sigilo da identidade do doador e também do receptor devem ser mantidos, e somente podem ser revelados alguns dados, em situações especiais, não discriminadas, por motivação médica e apenas para os médicos, preservando sempre a identidade civil do doador.<sup>28</sup>

O PL, em seu artigo 8º<sup>29</sup>, estabelece o anonimato do doador e do receptor, porém, no artigo 9º, prevê a possibilidade de revelação da identidade não somente genética, mas também

---

<sup>25</sup> 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. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

<sup>26</sup> Projeto de lei nº 1184/2003.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>

<sup>27</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>

<sup>28</sup> IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1 - A doação nunca terá 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 50 anos para o homem. 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

<sup>29</sup> Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

civil do doador. Dispõe o artigo 9.<sup>o30</sup>, que a pessoa gerada por meio da procriação assistida, poderá quando quiser, representada legalmente ou diretamente, ter acesso a todas as informações do tratamento realizado, bem como da identidade do doador.

Além desta hipótese, o projeto prevê ainda que quando for necessária a obtenção de informações genéticas, a fim de resguardar a vida ou saúde da pessoa nascida através destes tratamentos, aquelas deverão ser prestadas apenas ao médico que solicita, situação na qual a identidade civil do doador será mantida em sigilo.

O projeto de lei, a fim de proteger os direitos do doador e evitar qualquer preocupação quanto à filiação, é enfático no artigo 16, ao estabelecer que a filiação da criança será atribuída aos beneficiários de forma plena, e ainda que estes venham a falecer, isso não autorizará que seja realizado o vínculo parental com os “pais biológicos”.<sup>31</sup>

O PL em seu artigo 17<sup>o32</sup>, descreve que tanto o doador como os seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida. Embora o PL negue a filiação em qualquer situação, é imprescindível que o legislador disponha quanto aos direitos sucessórios, caso opte mesmo pela efetivação do direito a identidade genética, visto que os defensores da prevalência do anonimato tem como um dos principais argumentos, a questão patrimonial.

Cabe ainda alertar para o fato de que, caso haja emendas ao PL e o direito à identidade genética seja mitigado pela prevalência do direito ao anonimato, aquele poderá ser requerido e efetivado por analogia à lei de adoção, recentemente revisada no Brasil. Esta lei

---

<sup>30</sup> Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

<sup>31</sup> CAPÍTULO VI

DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

<sup>32</sup> Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

(nº 12.010/2009), garante ao adotado no seu artigo 48<sup>33</sup>, o direito de conhecer suas origens genéticas, bem como obter informações sobre o processo de adoção. A pessoa adotada, pode requerer tais informações assim que completar a maioridade, ou antes desta, desde que representada por um representante legal.

Desta forma, quanto ao direito à identidade genética, o projeto de lei de acordo com os princípios fundamentais, garante a sua efetivação respeitando também os direitos do doador, na medida em que veda a realização de vínculos, fazendo que seja reconhecido apenas como doador, e nunca como pai.

Ainda que proteja o direito à identidade da pessoa, acredita-se, porém, que o PL, a este respeito tem de revisar e incluir a decisão quanto aos direitos patrimoniais, para que não parem dúvidas relacionadas a este tema, e nem sirva de justificativa para que seja mantido o anonimato, desencadeamento precedentes em futuras decisões judiciais.

## 7 CONCLUSÃO

Por meio do estudo realizado, os resultados obtidos foram os que seguem abaixo.

Com relação às inovações biomédicas e as diversas formas de reprodução humana assistida que já vem sendo desenvolvidas há mais de meio século, tendo o primeiro nascimento por fertilização *in vitro* ocorrido em 1978, observou-se a importância dessas técnicas na vida de milhares de pessoas que sofrem de uma doença, que é a infertilidade.

Pôde-se verificar ainda, que a saúde reprodutiva tem sido cada vez mais seriamente encarada pela comunidade internacional, com o objetivo de alertar os Estados sobre a gravidade física e psicológica das pessoas afetadas, de modo que merecem especial atenção, ainda mais se considerar que os tratamentos de reprodução assistida são caríssimos, e os que são oferecidos gratuitamente, são ínfimos perto da quantidade de pessoas que precisam.

No que se refere ao direito de procriar, verificou-se que nos dois ordenamentos jurídicos, tanto no Brasil como em Portugal, há a previsão do direito ao planejamento familiar, tendo a proteção do Estado no aspecto negativo e positivo.

---

<sup>33</sup> Segundo a lei, pode requerer

“Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.” (NR) Lei de Adoção Brasileira nº 12.010/2009, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)

Na dimensão negativa, o Estado garante a liberdade da pessoa em realizar o planeamento familiar, e na dimensão positiva se compromete em auxiliar, informar, e possibilitar o acesso aos meios necessários para realização deste direito. Embora, reconhecido como um direito fundamental, o direito de procriar em ambas as Constituições, não é um direito absoluto, possuindo limites em seu exercício.

Como limite para a realização do direito de constituir família, é necessário primeiramente o respeito a dignidade da pessoa humana e o exercício de uma paternidade responsável, conforme consta no texto das Constituições Portuguesa e Brasileira. Além deste limite, observou-se que, embora o Estado conceda o direito de procriar, em nenhum momento expressa também o direito de acesso às técnicas de reprodução assistida de forma irrestrita e ilimitada.

Embora sejam meios de concretização deste direito, concluiu-se que no aspecto positivo referente à utilização das técnicas, este direito deve ser limitado, primeiramente pelo carácter subsidiário que estes tratamentos devem ter, ou seja, somente pessoas com diagnóstico de infertilidade, ou ainda para prevenir tipos de doenças é que podem utilizar desses tratamentos de RHA. Além disso, deve ser considerado o elevado custo destes tratamentos, não sendo este argumento uma desculpa pela inércia do Estado na prestação do direito, mas sim como justificativa para atender somente àqueles que realmente precisam, pois detentores de uma doença.

Com relação à liberdade de procriar, garantida na dimensão negativa do direito, entende-se que também deve ser limitada, na medida em que o direito e a autonomia de uma pessoa não pode subestimar os direitos e a personalidade da criança que vai nascer, de forma a instrumentalizá-la como objeto de desejo.

O problema da procriação assistida heteróloga como uma das formas de realização do planeamento familiar é que, independentemente dos beneficiários, se seja subsidiária ou não, irá ofender direitos fundamentais das crianças, notadamente, o direito à identidade genética, que será furtado da criança.

Quanto à fundamentação deste direito no ordenamento jurídico de Portugal e do Brasil, embora nenhuma das Constituições tragam expressamente a previsão deste direito, em Portugal existe contemplado o direito a identidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, e no Brasil, não. Mas em ambos os ordenamentos tal direito é fundamentado, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito a integridade, e no Brasil, também no direito de informação.

Concluiu-se ainda, que o direito a identidade genética, é de suma importância para o completo desenvolvimento da pessoa, e por se tratar de um direito fundamental e personalíssimo, não pode ser desprezado ou obstaculizado para a realização do desejo de outra pessoa, devendo ser preservado, garantido e efetivado, ainda que confrontado com o direito ao anonimato.

Restou evidentemente demonstrado que as inovações biotecnológicas no contexto da reprodução humana, refletem de maneira significativa na vida das pessoas envolvidas, podendo, a depender de legislação, mitigar ou extinguir direitos inatos de todo e qualquer ser humano. Em razão disso, que o tema não pode mais ser protagonista de um vácuo legislativo, sendo imprescindível uma legislação clara e pacificadora a fim de proporcionar segurança jurídica todos os beneficiários e utilizadores das técnicas de reprodução humana assistida.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXANDER, Eben. **Uma prova do céu**. [tradução de Joel Macedo]. Rio de Janeiro: Sextante, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed.; Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2008.

BARBAS, Stela. Investigação da Filiação. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coor.) **Estudos de Direito da bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.) **Estudos de Direito da bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, Gomes J.J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I, 4. Ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM no. 2.013/2013**. Disponível em: [www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Tiago. **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e**



na Lei. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. **Direitos da Personalidade coordenadas fundamentais.** Revista do Advogado – AASP – Associação dos Advogados de São Paulo. Nº 38/92. p. 05.

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. **A Procriação Medicamente Assistida e as Gerações Futuras.** Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.

GARRAFA, Volnei.; CORDÓN, J. **Pesquisa em bioética no Brasil de hoje.** 1 ed., São Paulo: Global, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Adoção por homossexuais: autocentrismo x interesse das crianças.** In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.) Pessoa Humana e Direito. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, TOMO IV - Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2012.

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Mudam-se os tempos, Manda a vontade O desejo e o direito a ter um filho.** In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.) Estudos de Direito da bioética, Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009.

PATRIOTA, Tânia. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento** – Plataforma do Cairo . Encontrado em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>.

PORTUGAL. **Direcção-Geral da Saúde Programa Nacional de Saúde Reprodutiva Saúde reprodutiva/Infertilidade/Direcção-Geral da Saúde.** Lisboa: DGS, 2008, p. 5. Encontrado em: <http://www.saudereprodutiva.dgs.pt/upload/ficheiros/i009862.pdf>

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo.** Lições. 4ª Edição. Lisboa: AAFDL, 2013.

RAPOSO, Vera Lucia. Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato e parentalidade. Em: **Família, Consciência, Secularismo e Religião.** Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_, **Em nome do Pai (...Da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães) – Análise do art. 6º. Da Lei nº. 32/2006.** Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 3º/nº. 6-2006. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

REIS, Rafael Luís Vale e. **Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas.** Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_, **Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas.** In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.) Estudos de Direito da bioética, Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009. p. 194-195.

SCHEFFER, B. B., et al. **Fecundação in vitro.** In: SCHEFFER, B. B., et al. Estudo da mulher estéril: delineamentos atuais . 1 ed. São Paulo: Atheneu, 2002.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – parte geral**. São Paulo: Atlas, 2009.

ZANELATO, Marco António. **Fertilização Artificial: seus efeitos jurídicos**. Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito. Porto: Universidade Lusíada, 2003.