

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL: DOAÇÃO ANÔNIMA DE SÊMEN E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE QUEBRA DE SIGILO

Artificial insemination: anonymous donation of semen and the possibility of legal breach of confidentiality

ZANATTA, A. M.

ENRICONE, G.

Recebimento: 14/05/2010 – Aceite: 21/07/2010

RESUMO: O ser humano concebido através do método de inseminação artificial no qual utilizou-se gameta de doador anônimo não possui conhecimento de parte de sua herança ou identidade genética. O anonimato na relação do doador e do ser humano gerado enseja um olhar especial do meio jurídico, que urge por respostas às questões decorrentes das constantes transformações da vida em sociedade. Esta pesquisa trata dos possíveis problemas oriundos do anonimato na doação de sêmen para reprodução assistida, argumentando-se sobre a possibilidade de quebra do sigilo. Dessa forma, foram realizadas entrevistas, a fim de melhor conhecer o funcionamento de clínicas de reprodução assistida, sendo, em seguida, examinada a questão do anonimato da identidade genética do indivíduo sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, questões relativas ao direito à saúde e problemas de ordem civil. A complexidade do tema clama pela necessidade de criação de Lei específica que trate das técnicas de reprodução humana, especialmente no condizente a inseminação artificial heteróloga.

Palavras-chave: Possibilidade Jurídica. Quebra de sigilo. Doação anônima de sêmen.

ABSTRACT: The human being conceived through artificial insemination method, where the gamete of an anonymous donor was used, does not have the knowledge of part of his inheritance or genetic identity. Anonymity on the relationship between the donor and human being entails a special look at the legal community, which is pressing for answers to questions recurrent from the

constant transformations of social life. This research addresses the potential problems arising from the anonymity in the donation of sperm for assisted reproduction, arguing about the possibility of a breach of confidentiality. So far, interviews were conducted to better understand the operation of assisted reproduction clinics, and then the question of anonymity of the genetic identity of the individual on the grounds of human dignity, issues concerning the right to health, and problems of civil order were examined. The complexity of the issue calls for the need to create specific laws that can deal with the techniques of human reproduction, especially in keeping the heterologous artificial insemination.

Key words: Legal possibility. Breach of confidentiality. Anonymous donation of sperm.

Introdução

Estudos estatísticos na área da infertilidade humana apontam que 20% dos casais apresentam-se inférteis, não podendo gerar descendentes de modo natural. A Associação Americana para Medicina Reprodutiva (ASMR) retrata como infertilidade a falta de gestação detectada clínica ou hormonalmente após 12 meses de relações sexuais normais sem anticoncepção, enquanto a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO) define como infértil o casal que não consegue levar a gestação a termo¹.

Visando soluções a esta realidade, as denominadas Técnicas de Reprodução Humana Assistida – TRHA auxiliam diversas pessoas em todo o mundo através de procedimentos que possibilitem ao casal a concretização do desejo de gerar um filho.

Dentre estas técnicas, tem-se a chamada Inseminação Artificial Heteróloga que, conforme Pessini e Barchifontaine², implica na utilização do sêmen ou espermatozóides de doador.

Tal técnica, ponto de partida para a realização deste trabalho, reflete em implicações jurídicas na relação entre doadores anônimos de sêmen e pessoas geradas através deste

método, relações que atualmente não são alvo de regulamentação pelo direito pátrio, existindo apenas Projetos de Lei tratando do assunto em trâmite no Congresso Nacional³.

Questiona-se, atualmente, se é legítima a possibilidade de pessoa nascida por intermédio de inseminação artificial heteróloga conhecer a identidade de seu ascendente biológico, ou seja, do doador anônimo de sêmen.

Vale lembrar que, no contexto atual, o único parâmetro para o uso das TRHA é a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, no qual a classe médica estabelece normas éticas para o uso destas técnicas, determinando o sigilo absoluto sobre a identidade civil do doador em se tratando de inseminação heteróloga.

Desse modo, para uma melhor compreensão do tema e uma boa estruturação da pesquisa, foram realizadas entrevistas junto a Clínicas de Reprodução Humana / Bancos de sêmen, abordando-se questões relativas à própria clínica, bem como ao procedimento de doação de sêmen para o uso em inseminação artificial heteróloga.

A partir da análise dos resultados coletados, foram abordadas questões relativas ao anonimato da identidade genética do indivíduo sob o prisma do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana para, em seguida, tratar-se de questões relativas à

saúde e a problemas de ordem jurídica civil, tais como filiação, direitos sucessórios, e impedimentos matrimoniais, tudo aliado à análise dos projetos de lei e jurisprudência existentes.

Clínicas de Reprodução Humana assistida e o procedimento de doação anônima de sêmen para inseminação artificial Heteróloga

No Brasil, é expressivo o número de clínicas médicas especializadas em reprodução humana, situadas com maior abrangência em grandes centros urbanos, especialmente nas regiões sul e sudeste do país.

As entrevistas realizadas junto a algumas dessas clínicas apresentaram resultados que estão a demonstrar a preocupação com o atual modelo, conforme constatações a seguir relacionadas:

Tem-se que as clínicas são relativamente novas, estando em funcionamento há uma média de 17 anos, fato pelo qual se torna possível concluir que crianças nascidas com auxílio de técnicas de reprodução humana assistida atingiram ou estão prestes a atingir a maioridade civil.

Quanto ao número de doações, as clínicas informam que faltam doadores, fato que permite o levantamento da hipótese de que o acesso à identidade do doador/quebra de sigilo prejudicaria a viabilidade da inseminação artificial, diminuindo ainda mais o número de doações.

Objetivando maior segurança e estabilidade para as pessoas envolvidas, frente à ausência de legislação que regulamente o procedimento, é realizado contrato onde o doador concorda em ter sua identidade preservada, bem como manifesta o seu desinteresse em conhecer a identidade dos beneficiários. Do mesmo modo, os beneficiários concordam

em não conhecer a identidade do doador anônimo. No entanto, esta concordância não é expressa em instrumento de contrato.

Diante da ausência de legislação específica, as clínicas fazem uso do prescrito na Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (que dispõe sobre orientações para utilização de técnicas de reprodução humana assistida) quando realizado o procedimento de inseminação artificial heteróloga.

Questionadas sobre a busca da identidade civil do doador, as clínicas relatam que nunca houve caso, ou não é do conhecimento das mesmas, de pessoas que, após serem beneficiadas pelo procedimento da inseminação artificial heteróloga, procuraram descobrir a identidade do doador. No mesmo sentido, não houve caso, ou não é de conhecimento das clínicas, de doador que tentou descobrir a identidade de beneficiários ou da criança gerada.

Através da concretização das entrevistas, nota-se que os dados ora apresentados reforçam a preocupação com a criação de lei específica para regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida.

A constatação referente ao tempo de funcionamento das clínicas demonstra a atualidade do tema, uma vez que se as primeiras pessoas geradas através de técnica de inseminação artificial heteróloga estão na iminência de atingir a maioridade civil, quiçá, com um maior discernimento sobre a sua situação, seja provável que ocorra a possibilidade de se desejar o conhecimento da origem biológica, buscando-se dados referentes à pessoa do doador.

A falta de um padrão a seguir e de uma normatização específica ressalta a insegurança jurídica a que estão sujeitos médicos, doadores, beneficiários e a criança gerada.

É essa insegurança que se acredita estar vinculada a certo receio das clínicas quanto à situação da inseminação artificial heteróloga,

uma vez que não há legislação positivada para um enfrentamento que diga o que está certo ou o que está errado no âmbito deste procedimento.

Doação anônima de sêmen e o fundamento da dignidade da pessoa humana – Direito à identidade genética

Esculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o fundamento da dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente à personalidade humana⁴.

Conforme Moraes, [...] a dignidade é 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, construindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar⁵.

Com base no fundamento da dignidade da pessoa humana, questiona-se a existência de um “direito à identidade genética”, o qual permitiria que uma pessoa gerada por meio de inseminação artificial heteróloga pudesse conhecer a identidade do doador anônimo de sêmen.

Petterle⁶ trabalha o direito à identidade genética na perspectiva de que a mesma corresponderia ao genoma de cada ser humano, relatando que a identidade pessoal é noção bem mais abrangente, tendo dois componentes, sendo um o referencial biológico, que é o código genético do indivíduo (identidade genética), e outro, o referencial social construído ao longo da vida na relação com os outros. Ressalta ainda que o conteúdo do direito à identidade genética também deve ser estudado sob a perspectiva do direito de

conhecer seus ascendentes biológicos, construindo a sua historicidade pessoal⁷.

Desse modo, e não havendo um número fechado de hipóteses tuteladas, surge a idéia de que a pessoa gerada por método de inseminação artificial heteróloga com sêmen de doador anônimo poderia, se desejasse, ter acesso a informações sobre a identidade de seu ascendente biológico, face o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Em análise aos Projetos de Lei sobre reprodução humana assistida, verifica-se que parte deles veda veementemente a possibilidade de se conhecer a identidade do doador anônimo de sêmen pelo simples desejo de se conhecer seu ascendente genético. Em exceção, é possível citar o Projeto de Lei nº 90 de 2001 (substitutivo).

A contrário *sensu* e de acordo com a maioria dos projetos de lei, estão os argumentos de que o conhecimento da identidade nada tem a ver com dignidade humana, sendo que o anonimato é uma garantia de autonomia e do desenvolvimento normal da família fundada com auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga, e ainda, que a pessoa que deposita sêmen em um banco para doação não pretende nenhum tipo de vinculação com a criança nascida de seu material genético.

No entanto, deve-se ter em vista que o direito de conhecer a ascendência biológica não está atrelado a uma vinculação pessoal com a pessoa do doador, mas sim, a um simples fator constitutivo da identidade pessoal de um indivíduo.

A título comparativo, tem-se que a possibilidade de conhecer a origem genética já esta sendo consagrada pela jurisprudência pátria em casos análogos, referentes ao instituto da adoção. Nesse sentido:

ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo,

indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art. 227, §6º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigador ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70014442743, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 26/04/2006)

A jurista Maria Berenice Dias⁸ ensina que, ainda que a adoção seja irrevogável, a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de o adotado investigar sua filiação biológica. O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana. No entanto, uma vez que a adoção gera vínculo de filiação socioafetiva, a declaração da paternidade não surte efeitos registrares, o que impede benefícios de caráter econômico. De qualquer forma, seja para satisfazer mera curiosidade, seja em respeito ao direito de conhecer a origem biológica, ou mesmo para efeitos médicos, é possível obter a declaração da paternidade genética sem desconstituir a filiação gerada pela adoção.

Assim, em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na Constituição Federal, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. De tal sorte, o fio con-

ductor aponta o norte da continuidade desta investigação: a cláusula geral implícita de tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade humana⁹.

Dessa forma, ao privar a origem genética nega-se a dignidade de uma pessoa concebida a partir da técnica e reprodução assistida heteróloga, uma vez que, todo indivíduo tem direito de saber quem são seus pais biológicos, mesmo que isso não gere nenhuma relação de parentesco ou direitos e deveres entre eles.

Anonimato e Direito à saúde

Atendida a hipótese de quebra de sigilo com fulcro no fundamento da dignidade da pessoa humana, passa-se a relatar o direito constitucionalmente assegurado de acesso à saúde, verificando-se sua aptidão na justificativa da possibilidade de quebra de sigilo referente à identidade do doador de sêmen.

Conforme disposto no artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação na lei n.º 8.069/90, complementa o dispositivo constitucional acima citado, inserido no seu art. 7º, a proteção à vida e a saúde à criança e ao adolescente.

A positivação do direito à saúde, consequência do direito inviolável à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, é fato gerador da seguinte questão: Esse direito poderia ensejar a quebra de sigilo do doador anônimo de sêmen?

A fim de se entender o questionamento acima exposto, imagine-se a seguinte situação hipotética: pessoa gerada por método de inseminação artificial heteróloga é acometida

por doença grave onde possa ser indicado como tratamento o transplante de medula óssea. Assim, mesmo havendo baixa probabilidade de compatibilidade¹⁰, possui esta pessoa direito a conhecer a identidade de seu ascendente biológico, verificando-se a possibilidade de um transplante para preservação de sua saúde e vida.

Dessa forma, havendo caso de doença genética em que sejam necessários dados clínicos/médicos acerca da pessoa do doador, pode ocorrer a quebra de sigilo?

O questionamento é de grande relevância, inclusive sendo alvo de disposição na Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, para o qual não haverá quebra de sigilo, tendo somente os médicos, em hipótese especiais, acesso a informações sobre o doador.

A idéia descrita na Resolução é a de que havendo necessidade de tratamento de saúde do beneficiário da técnica de inseminação artificial heteróloga, onde sejam necessários dados clínicos sobre a pessoa o doador, o acesso a tais informações se dará apenas por parte dos médicos do paciente.

Nesse aspecto, esta também é a ideia predominante dos Projetos de Lei sobre reprodução humana assistida, como exemplo:

Projeto de Lei n.º 1135, de 2003. [...]

Art. 11 A doação de gametas ou pré-embriões obedecerá às seguintes condições: [...]
§ 2º Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Convém concordar que em um primeiro momento, as previsões contidas na Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, bem como no Projeto de Lei acima citado, parecem satisfazer a problemática aqui abordada.

Havendo a possibilidade de se sanar questão relativa ao problema de saúde do beneficiário da técnica de reprodução assistida heteróloga pelo acesso de seus médicos a informações clínicas relativas à pessoa do doador, não há porque ocorrer a revelação da identidade civil do mesmo.

Nesse sentido, quando do advento de legislação pertinente à matéria, deverá haver previsão expressa sobre o armazenamento dos dados clínicos/médicos relativos ao doador de gametas.

No entanto, cumpre salientar que não resta dúvida de que o indivíduo possui a prerrogativa de exigir do Estado a implementação do direito à saúde quando este sofrer limitações que ponham em risco sua própria existência, mesmo que para isso tenha que buscar guarida da função jurisdicional do Estado.

Assim sendo é entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal (RE 195.192/RS - rel. Min. Marco Aurélio). **A saúde, elevada à condição de direito social fundamental do homem, contido no art. 6º da CF, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da C. Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas.** Agravo desprovido. Unânime. (Agravo de Instrumento N° 70022917298, Vigé-

sima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 23/04/2008) **(Grifou-se)**.

Destarte, com base nos preceitos constitucionais, e o pacífico entendimento jurisprudencial, conclui-se que o Estado não pode limitar as possibilidades legítimas (que não sejam ilegais) de uma pessoa garantir a preservação de sua vida.

Desse modo, o problema pode ser solucionado com o simples acesso dos médicos as informações do doador, não sendo este fato justificativa a ensejar a quebra de sigilo de sua identidade, porém, no momento que esta restrição passa a por em risco a vida de uma pessoa, o Estado tem o dever, se provocado, de garantir os meios necessários de acesso à saúde para preservação da vida do beneficiário, mesmo que isso resulte na revelação da identidade pessoal do doador.

Estando em conflito o direito do doador de não ter sua identidade revelada com o direito à vida do beneficiário, o segundo tem prevalência, pois irremediavelmente maiores os danos causados pela não revelação da identidade.

Insta salientar que nenhuma pessoa estará obrigada a submeter-se a qualquer procedimento de tratamento médico, até mesmo cirúrgico, por iniciativa de terceiro que a procura. No entanto, não pode o Estado obstar no sentido de que a pessoa necessitada busque desses meios.

A inseminação artificial heteróloga e os questionamentos no âmbito jurídico civil

Ante à atual omissão legislativa em relação às técnicas de reprodução humana assistida, hipóteses concretas relativas ao cotidiano, inerentes à vida das pessoas que

se sujeitam ao uso destes procedimentos de auxílio à concepção, não há resposta objetiva. O procedimento de inseminação artificial heteróloga implica em uma série de questionamentos no âmbito jurídico civil, conforme o que é abordado a seguir.

O estabelecimento da filiação

Como maiores questionamentos relativos ao estabelecimento da filiação, discute-se, atualmente, a possibilidade de se atribuir ao fornecedor do material genético a condição de pai da criança gerada, bem como a possibilidade da mulher solteira ou de casais homossexuais utilizarem-se da técnica de inseminação artificial heteróloga.

A fim de evitar maiores complicações, ou até mesmo a inviabilidade do procedimento, é salutar que, por ocasião de nova lei sobre o assunto, existam previsões neste sentido, visando assim, a uma maior segurança para todas as pessoas envolvidas.

Atualmente, em se tratando de casal que busca o uso da técnica, com previsão contida no Código Civil Brasileiro (art. 1597, inciso V), tem-se que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece, em sentido análogo, que toda mulher capaz nos termos da lei, que tenha solicitado, e cuja indicação não se afaste dos limites impostos na resolução, pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Da mesma forma, faz-se necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Da análise dos projetos de Lei existentes, destacam-se as seguintes previsões:

Projeto de Lei n.º 3638, de 1997. [...]

Art 3º O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. [...] **Art 8º** Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. **Parágrafo Único** Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

Projeto de Lei n.º 1184, de 2003. [...]

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. **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.

Percebe-se que as previsões acima expostas possuem como essência, para o estabelecimento da filiação, o elemento volitivo das partes envolvidas na concepção da criança gerada por intermédio de técnica de inseminação artificial heteróloga.

Na inseminação heteróloga, assim como na reprodução natural, conjunção carnal entre homem e mulher, se faz presente a vontade dos pais em ter aquele filho. Porém, não é este o desejo do doador, que não possui o fator volitivo para gerar um filho próprio, modo pelo qual o ato de doar deve ser interpretado como puro altruísmo a favor de pessoas que sonham em conceber um filho.

Pode-se afirmar que, quando o vínculo é originariamente estabelecido, o tratamento jurídico deve ser idêntico à hipótese da reprodução carnal¹¹, com a nuance de que na reprodução assistida não houve relação sexual, mas a vontade associativa ao êxito do procedimento médico como elemento substitutivo da relação carnal¹².

Muita semelhança também é encontrada em relação ao instituto da adoção, a qual se faz presente à vontade dos adotantes em ter o filho.

Há uma grande proximidade jurídica entre parentalidade e a filiação oriunda da reprodução heteróloga com a ligada à adoção, visto que ambos constituem modelos de parentesco civil não natural, que não se fundam na relação carnal entre homem e mulher, o que permite uma comparação e possibilidade de extensão das normas relacionadas à adoção para a reprodução assistida heteróloga¹³.

Tem-se, portanto, que o estado de filiação deve ser atribuído ao cônjuge que consentiu o procedimento, uma vez que tal ato representa sua vontade irrevogável em assumir a responsabilidade parental por aquele filho.

A reprodução heteróloga é irrevogável no que pertine aos vínculos parentais originários, tal qual ocorre para a procriação carnal. Nesse sentido, devem ser aplicadas as regras da parentalidade-filiação clássica às questões advindas de procriação artificial¹⁴.

Pelo exposto, pode-se afirmar que o doador do material fecundante será o genitor da criança sob o prisma biológico, mas não poderá ser considerado pai diante da ausência de qualquer objeto de sua parte de integrar o projeto parental consistente na formação e desenvolvimento da criança a ser concebida¹⁵.

Nesse sentido, tem-se que o filho pode reivindicar os dados genéticos do doador anônimo de sêmen que constem em arquivos da instituição que os armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não

poderá fazê-lo com o escopo de atribuição da paternidade¹⁶.

Assim, pode-se concluir que ocorrerá a igualdade no exercício do poder familiar entre o casal que socorreu-se do procedimento de inseminação artificial heteróloga: o pai civil (aquele que se submeteu ao projeto parental com sêmen de terceiro) e a mãe natural. Ambos exercerão com correspondência de condições a autoridade parental. Ainda que haja separação judicial ou divórcio do casal, ou separação do casal de companheiros, não haverá alteração a respeito da igualdade de condições entre os pais no exercício da autoridade parental¹⁷.

Mais complexa é a situação da mulher solteira e dos casais homossexuais. No caso de mulheres solteiras que queiram recorrer aos centros de reprodução humana, a questão gera controvérsia.

Mantovani¹⁸ sustenta haver uma colisão de dois interesses quando da aplicação das técnicas de reprodução artificial humana: o interesse da mulher em ter um filho (que seria o direito de gerar) e o direito da criança a ter dois genitores. Segundo o autor, esse conflito de interesses poderia ser solucionado da seguinte forma: da absoluta prevalência do interesse do nascituro em ter dois genitores (pais), e que os genitores biológicos sejam também os genitores legais; isso ficaria assegurado com a legalização somente da inseminação homóloga e das técnicas equivalentes; b) da absoluta prevalência do desejo de ter filhos, que pode ser satisfeito com a liberação das inseminações artificiais, homólogas ou heterólogas, matrimoniais ou extram matrimoniais e das técnicas equivalentes; c) da prevalência relativa, do nascituro em ter dois genitores (não necessitando a coincidência entre os genitores legais e os biológicos), que pode ser satisfeita com a legalização da inseminação artificial, homóloga e heteróloga (e das técnicas equivalentes), realizada na

mulher, com o consentimento do marido, e com o reconhecimento do nascituro como filho legítimo, excluindo-se qualquer direito do doador anônimo de gametas¹⁹.

Lembrando das previsões dos projetos de lei anteriormente expostas, vimos que nenhum deles opõe-se à possibilidade da mulher solteira utilizar a inseminação artificial heteróloga. No entanto, a questão merece especial atenção, pois a criança gerada nunca irá ter um pai. A impossibilidade de se atribuir qualquer vinculação com o doador de sêmen faria com que a criança tivesse, em teoria, apenas um progenitor.

No tocante aos casais homossexuais, se faz presente a possibilidade de uma entidade familiar composta por pessoas do mesmo sexo procurarem uma clínica de reprodução humana, exemplo em que duas mulheres que vivem em condição equiparável a união estável desejem conceber um filho.

Nesse sentido, pergunta-se: como ficaria o registro de nascimento da criança, levando-se em conta que, na prática, ela teria duas mães e nenhum pai?

Em recente decisão da justiça gaúcha²⁰, em caso que pode servir de paradigma, pleiteava-se o reconhecimento de dupla paternidade de uma criança por casal homossexual, ocorrido após a adoção da criança em nome de um deles apenas. O juiz da Infância e da Juventude de Porto Alegre, José Antônio Daltoé Cezar, determinou que a criança passasse a ter o sobrenome dos dois pais e que seus documentos fossem alterados. Ainda, determinou a mudança na certidão de nascimento para retirar as palavras mãe, avós maternos e paternos. No documento, está grafado apenas “pais” e “avós”.

Em decisão semelhante, o Juiz da 8ª Vara da Família de Porto Alegre, Cairo Madruga, garantiu a um casal de mulheres homossexuais de Santa Catarina o direito de registrar como filhos de ambas os gêmeos nascidos por inseminação artificial gerados por uma

delas. No entanto, este entendimento não está pacificado pelas Cortes.

A situação da mulher solteira e dos casais homossexuais, por suas peculiaridades, carecem de estudo específico, uma vez que poderão estar presentes a colisão de normas e princípios jurídicos fundamentais além de envolvimento de cunho moral e social.

Certo é que a reprodução assistida, de uma maneira geral, sugere novos modelos de paternidade/maternidade e filiação, os quais, por sua vez, devem ser analisados por meio dos princípios do moderno Direito de família constitucionalizado como a desbiologização, a responsabilidade parental e o melhor interesse da criança²¹.

Dessa forma, enquanto não houver no Brasil uma lei específica disciplinando os efeitos jurídicos da filiação originária da reprodução assistida, a construção teórica do modelo de paternidade-maternidade e filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga deverá conjugar aspectos dos outros dois modelos – a adoção e a filiação clássica –, sempre procurando compatibilidade e harmonia, observando-se os princípios e as regras constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis²².

Direitos sucessórios

Observada a impossibilidade de atribuir-se ao doador de sêmen o estado de pai da criança gerada pelo método de inseminação artificial heteróloga, desligando-se este de qualquer vinculação com a criança gerada, a qual possui condição plena de filho do casal beneficiário da técnica, não há que se falar em busca do pai biológico (doador) para habilitação como herdeiro do mesmo.

Nessa linha, o acesso do filho à identidade do seu pai biológico não gera qualquer tipo de pretensão jurídica de natureza patrimonial entre os dois, seja de caráter sucessório ou mesmo alimentar, a fim de conceder

uma maior segurança aos doadores. Nesse sentido, o Projeto de Lei n.º 120 de 2003 é taxativo:

Projeto de Lei n.º 120, de 2003 [...] Art 2º A Lei 8560, de 29 de dezembro de 1992 passa a vigorar com o acréscimo do seguinte Art. 6º A: - A pessoa nascida de técnicas de reprodução assistida tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, a ser fornecido na ação de investigação de paternidade ou maternidade pelo profissional médico que assistiu a reprodução ou, se for o caso, de quem detenha seus arquivos. **Parágrafo único** A maternidade ou paternidade biológica resultante de doação de gametas não gera direitos sucessórios.”

Entende-se, portanto, de acordo com o modelo presente no instituto da adoção²³, que a inseminação artificial heteróloga atribui a condição de filho à criança gerada, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo de natureza patrimonial com o doador.

Impedimentos matrimoniais

O artigo 1.521 do Código Civil de 2002 estabelece os casos de impedimentos para o casamento, dispondo, em seu inciso IV, que não podem casar os irmãos unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive.

Para melhor entendimento da questão, indaga-se: De que forma uma pessoa gerada a partir de inseminação artificial heteróloga, e que obviamente não conhece a identidade civil de seu ascendente biológico, pode saber, por ocasião de seu casamento, que não irá se casar com irmão ou irmã unilateral, filho ou filha “legítima” do doador de sêmen?

Por mais ínfima que seja a probabilidade destas pessoas encontrarem-se na vida adulta e contrair um casamento, a questão é de grande relevância e deve ser tratada de for-

ma cautelosa, uma vez que, além de vedado pela lei, pelo costume e pela moral, mesmo não havendo o elo sócio-afetivo entre estes irmãos que sequer se conheciam, há o elo biológico, sendo que o casamento entre si poderia resultar a ocorrência de problemas genéticos na prole do casal.

Mormente a esta problemática, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina procurou analisar a questão, dispondo que “Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes²³”.

A interpretação da norma faz crer que se quer tentar reduzir a probabilidade de que as pessoas geradas a partir desta técnica venham a se encontrar na vida adulta, o que também pode ser observado no seguinte projeto de lei:

Projeto de Lei n.º 2855, de 1997. [...]

Art 13 O serviço médico que emprega técnica de RHA fica responsável por impedir que de um mesmo doador nasça mais de dois filhos, num mesmo Estado, devendo, para tanto, manter registro das gestações.

No entanto, as previsões acima citadas não possuem o condão de eliminar o problema, uma vez que apenas reduzem as possibilidades ao estabelecer um número máximo de gestações, não contemplando a hipótese anteriormente levantada de se evitar o casamento entre uma pessoa gerada a partir da técnica de inseminação artificial heteróloga com um filho do doador.

Melhor seria que o material genético de um doador pudesse ser utilizado apenas para uma única gestação, para um casal de beneficiários, não podendo ser utilizado para viabilizar-se uma segunda gravidez, vedada a possibilidade de quem já doou voltar a doar. Neste sentido é o Projeto de Lei do Senado n.º 90, de 1999.

Porém, a idéia de solução definitiva para a questão em análise parece encontrar respaldo no § 2º do artigo 9º do Projeto de Lei do Senado n.º 90 de 2001 (Substitutivo), através do qual o oficial do registro civil teria acesso às informações do ascendente do nubente, podendo diagnosticar o impedimento matrimonial.

A ideia lançada nesse Projeto de Lei demonstra que, num primeiro momento, não há necessidade de haver quebra de sigilo referente à identidade do doador anônimo de sêmen para auferir-se um impedimento matrimonial. Desse modo, somente havendo a constatação positiva do impedimento por parte do oficial, deverá este comunicar aos nubentes, o que por si só, já é uma forma de quebra do sigilo.

A questão é complexa, pois, certamente, causaria um impacto na vida de duas pessoas que planejam-se casar, descobrir que possuem alguma forma de parentesco genético. Tal fato talvez nunca ocorreria se fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, anteriormente estudado, fosse possibilitado previamente à pessoa conhecer a identidade civil de seu ascendente biológico.

Assim sendo, acredita-se que os impedimentos matrimoniais não são causas determinantes a ensejar a quebra de sigilo, sendo que a questão pode ser resolvida por outros meios, assim como na ideia elaborada pelo Projeto de Lei n. 90 de 2001, ou se fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, fosse permitido à pessoa já possuir o conhecimento prévio da identidade de seu ascendente biológico por livre vontade.

Considerações finais

As transformações sociais e o avanço da medicina, ocorridas na sociedade contemporânea, obrigam a um constante aperfeiçoamento

mento do instituto legal, tendo em vista que a própria dinâmica do Direito enseja frequentes adaptações dos princípios fundamentais.

É salutar que as questões relativas à inseminação artificial heteróloga demonstra-se de grande importância face à atual omissão legislativa do ordenamento jurídico pátrio, o que acarreta a insegurança das pessoas envolvidas no uso dessa técnica: médicos, doadores, beneficiários.

Percebe-se que o atual parâmetro, baseado na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, não é suficiente para responder a todas as questões que possam tornar-se uma realidade na vida desse grupo de pessoas.

Diante dessa perspectiva, a simples avaliação jurídica não encerra o tema e proclama por apreciações no campo ético, sociológico e psicológico, a fim de harmonizar o conjunto na busca de se estabelecer o melhor parâmetro para ajuste dessas questões.

Assim, revelada a necessidade de apreciação do tema não somente pela ciência jurídica, passa-se a apontar deduções e idéias oriundas da conclusão da presente pesquisa, as quais podem vir, de alguma forma, contribuir para a resolução das questões pertinentes à inseminação artificial heteróloga, bem como à possibilidade de quebra de sigilo.

Com fulcro no fundamento da Dignidade da Pessoa Humana, a pessoa concebida por intermédio de técnica de inseminação artificial heteróloga possui direito, caso desejar, de conhecer suas origens genéticas, podendo haver a quebra de sigilo referente ao doador anônimo de sêmen.

Insurge-se ainda que se estabeleça uma idade mínima para o acesso de quem deseje conhecer a identidade do pai biológico, tendo-se em vista o melhor discernimento de sua situação com idade mais avançada

(maioridade civil), levando-se em conta ainda que o acesso a qualquer tempo possa ser prejudicial à construção da personalidade e do ambiente familiar de criança ainda em desenvolvimento.

O direito à saúde não é causa determinante a quebra de sigilo. A quebra de sigilo, nesse aspecto, é indicada em caso de ocorrer risco real à pessoa, quando não seja possível por outros meios (acesso somente a dados clínicos/médicos do doador) a preservação de sua saúde ou vida.

O consentimento do pai sócio-afetivo estabelece laços de parentalidade/filiação com a criança gerada, sendo esta irrevogável. Assim, jamais será possível atribuir-se ao doador a condição de pai da criança gerada.

Da mesma forma, não é possível a configuração de direitos/deveres patrimoniais entre doador e criança gerada, impossibilitando pretensões de cunho sucessório ou alimentar.

Com relação aos impedimentos matrimoniais, estes não justificam a quebra de sigilo, uma vez que não se faz necessário que a pessoa nascida através de técnica de inseminação artificial heteróloga venha a conhecer a identidade de seu pai biológico por ocasião de seu casamento, podendo por outros meios verificar-se a existência de eventual impedimento.

A futura existência de caso real onde se busque judicialmente a revelação da identidade do doador poderá ser resolvida tendo por base fundamentos e princípios jurídicos, seguidos de possível uso da analogia com o instituto da adoção. No entanto, objetivando maior segurança jurídica, seria de boa recepção a promulgação de Lei que regulasse não somente a técnica de inseminação artificial heteróloga, mas também, a reprodução humana assistida em geral.

NOTAS

- ¹ BADALOTTI, Mariangela; TELOKEN, Claudio e PETRACCO, Álvaro. **Fertilidade e Infertilidade Humana**. Porto Alegre: Medsi, 1997, p. 4.
- ² PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 6. ed. – São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2002, p. 188.
- ³ Relação dos projetos de lei versando sobre a reprodução assistida conforme o site <http://www.ghente.org> Projeto de Lei nº 3.638/93; Projeto de Lei nº 2.855/97; Projeto de Lei nº 90/99; Projeto de Lei nº 2.655/01; Projeto de Lei nº 4.665/01; Projeto de Lei nº 120/03; Projeto de Lei nº 1.135/03; Projeto de Lei nº 1.184/03; Projeto de Lei nº 2.061/03; Projeto de Lei nº 4555/04; Projeto de Lei nº 4686/04; Projeto de Lei nº 4889/05; e Projeto de Lei nº 5624/05. Disponível em <http://www.ghente.org/>. Acesso em: 30 de abril de 2008.
- ⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p.16.
- ⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.16.
- ⁶ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 6.
- ⁷ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115.
- ⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2009, p. 398.
- ⁹ PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.
- ¹⁰ Para que se realize um transplante de medula alôgenico (caso onde as células progenitoras provém de um doador previamente selecionado por testes de compatibilidade, normalmente identificado entre os familiares ou em bancos de medula óssea) é necessário que haja compatibilidade entre doador e receptor. A probabilidade de um indivíduo encontrar um doador ideal entre irmãos (mesmo pai e mesma mãe) é de 25%. A probabilidade entre o paciente e o pai ou a mãe é inferior a 5%. Devido a grande miscigenação de raça no Brasil, a probabilidade do encontro de um doador em bancos de medula estima-se que seja 1/300.000 em doadores brasileiros, e esse número é muito inferior nos bancos de medula óssea internacionais. Fonte: ABRALE – Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia. Disponível em: <http://www.abrale.org.br/doencas/transplante/index.php> acesso em 01 de Maio de 2009.
- ¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p.161
- ¹² KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157
- ¹³ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: renovar, 2003. p. 1014.
- ¹⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p.162
- ¹⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética; uma distinção necessária**. In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). Afeto, ética, Família, e o novo código civil brasileiro. Del Rey: Belo Horizonte. 2004. p. 525 e s.

- ¹⁶ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: renovar, 2003, p. 926.
- ¹⁷ MANTOVANI, Ferrando. **Le possibilità, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne**. Anais. Fórum Internacional de Direito Penal Comparado. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 1989.
- ¹⁸ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.66.
- ¹⁹ ZERO HORA, edição de 22 de Janeiro de 2009, p. 33, disponível também em <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1&newsID=a2376905.htm>, acesso em 13 de Maio de 2009.
- ²⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 158.
- ²¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006, p.162 e s.
- ²² Artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
- ²³ Capítulo IV, Item 5 da Resolução.

AUTORES

Andréa Mignoni Zanatta - Professora do curso de Direito e Assessora Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. E-mail: andream@uri.com.br

Germano Enricone - Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Erechim, RS. cursando especialização em Direito Previdenciário e Processual do Trabalho. E-mail: enricone@ymail.com

REFERÊNCIAS

- ABRALE. Associação Brasileira de Linfoma e Leucemia. Disponível em: <http://www.abrale.org.br/doencas/transplante/index.php>. Acesso em: 01 maio 2009.
- BADALOTTI, Mariangela; TELOKEN, Claudio e PETRACCO, Álvaro. **Fertilidade e infertilidade humana**. Porto Alegre: Medsi, 1997.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: RT, 2009.
- GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- GHENTE. **Projetos de lei sobre reprodução humana assistida**. Projeto de Lei n.º 3.638/93; Projeto de Lei n.º 2.855/97; Projeto de Lei n.º 90/99; Projeto de Lei n.º 2.655/01; Projeto de Lei n.º 4.665/01;

Projeto de Lei n.º 120/03; Projeto de Lei n.º 1.135/03; Projeto de Lei n.º 1.184/03; Projeto de Lei n.º 2.061/03; Projeto de Lei n.º 4555/04; Projeto de Lei n.º 4686/04; Projeto de Lei n.º 4889/05; e Projeto de Lei n.º 5624/05. Disponível em: <<http://www.ghente.org/>>. Acesso em: 30 de abr. 2008.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética; uma distinção necessária. In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). **Afeto, ética, Família, e o novo código civil brasileiro**. Del Rey: Belo Horizonte. 2004.

MANTOVANI, Ferrando. Le possibilità, i rischi e i limiti delle manipolazioni genetiche e delle tecniche bio-mediche moderne. **Anais**. Fórum Internacional de Direito Penal Comparado. Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro Renovar, 2006.

PESSINI, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 6. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

ZERO HORA. Disponível em:<<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1&newsID=a2376905.htm>>. Edição 22 jan. 2009, p. 33. Acesso em: 13 de mai. 2009.

