

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARLI CÂMARA ABELHA

**BANCO DE SÊMEN E OÓCITOS: ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS
DO SIGILO E ANONIMATO DO DOADOR**

RIO DE JANEIRO
Agosto/2007

MARLI CÂMARA ABELHA

**BANCO DE SÊMEN E OÓCITOS: ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS
DO SIGILO E ANONIMATO DO DOADOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos exigidos para obtenção de conclusão do Curso de Pós-Graduação “*lato sensu*” em Direito Médico.

Orientador: **Prof. Antonio Macena de Figueiredo**

RIO DE JANEIRO

Agosto/2007

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A 139 Abelha, Marli Câmara
Banco de sêmen e oócitos: aspectos éticos e legais do sigilo e anonimato
do doador / Marli Câmara Abelha. - 2007,
47 f.

Orientador: Antonio Macena Figueiredo.
Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a conclusão do
Curso de Pós-Graduação em Direito Médico.

1. Fertilização humana in vitro. 2. Inseminação artificial humana. 1.
Figueiredo, Antonio Macena. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III Título.

CDU 347

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia de especialização, desde que citada a fonte.

Assinatura

27/08/2007

Data

MARLI CÂMARA ABELHA

**BANCO DE SÊMEN E OÓCITOS: ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS
DO SIGILO E ANONIMATO DO DOADOR**

Aprovado em 27 de agosto de 2007.

Orientador: Prof. Antonio Macena de Figueiredo

BANCA EXAMINADORA

Prof. Antônio Macena de Figueiredo
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Evandro Steele
Prof. do Curso de Direito Médico da Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Henrique Freire
Prof. do Curso de Direito Médico da Faculdade de Direito da UERJ

Rio de Janeiro 27 de agosto de 2007

A minha família e aos meus amigos
que são o grande estímulo da
minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Antonio Macena de Figueiredo pelo apoio e estímulo, demonstrando admirável dedicação profissional e amizade.

Ao Professor Roberto Lauro Lana, pela participação na nossa formação.

Aos Professores do Curso de Pós-Graduação pela amizade e disponibilidade em todos os momentos.

Ao Professor Henrique Freire, pelo apoio que deu ao curso.

E a todos que contribuíram para a minha trajetória.

Para preizer o que vai acontecer é
preciso saber o que ocorreu antes.

Maquiavel

RESUMO

Este trabalho mostra que os bancos de sêmen e oócitos não têm regulamentação específica e ela se faz necessária em face do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida e dos avanços da engenharia genética. Através de um levantamento bibliográfico estudou-se a historicidade da fertilização, os problemas biogenéticos com seus desdobramentos sócio-culturais e jurídicos. O objetivo é mostrar que o anonimato do doador de sêmen e oócitos pode levar a uma utilização indiscriminada implicando em casamentos consangüíneos, incestos e a degeneração da espécie. A ciência deve se desenvolver para propiciar bem estar ao homem. Atualmente, por carência da legislação, a reprodução assistida é livremente praticada. O controle dos doadores é entregue a responsabilidade das clínicas e o que se propõe é que haja um controle governamental a semelhança da adoção e sejam proibidas práticas eugênicas e de manipulação genética.

Palavras Chaves: Banco de Sêmen, Anonimato do doador, Fertilização Assistida

Abstract

This work shows that the semen bank and the oocytes don't have specific regulation and it is necessary due to development of the techniques of attended reproduction and the advances of genetic engineering. Through a bibliographical survey are studied the history of the fertilization, the genetic problems with its society, cultural and legal issues. The objective is show that the anonymity of the semen giver and oocytes can take to an indiscriminate use implying in consanguineous marriages, incestuous and the degeneration of the species. Science must be developed to better propitiate the welfare to the man. Nowadays, for lack of the legislation, the attended reproduction freely is practiced. The controls of the givers are the responsibility of the clinics and it considers that should exist a governmental control to similarity of the adoption and be forbidden eugenic practical and of genetic manipulation.

Key words: semen bank, anonymity of the semen giver, attended reproduction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	11
1.1 - PROBLEMA DE ESTUDO.....	12
1.2 - OBJETIVO.....	12
CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO	13
1.1 - A FECUNDAÇÃO <i>IN VTRO</i> : DEF., HISTÓRICO, CLASSIFICAÇÃO	15
1.2 - TÉCNICA E INDICAÇÃO DA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	17
1.3 - PROBLEMAS BIOGENÉTICOS E SÓCIO-CULTURAIS.....	18
1.4 – DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO <i>IN VITRO</i>	20
1.5 – BANCO DE SÊMEN.....	23
CAPÍTULO 2 – SIGILO NA ADOÇÃO E SIGILO NA REPROD. ASSISTIDA ..	28
2.1 – SIGILO E ANONIMATO.....	31
2.2 - DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA.....	38
2.3 – PROBLEMATICIDADE DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	40
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Os bancos de sêmen adotam o procedimento de ocultar a identificação dos doadores do material fecundante que normalmente é empregado nas técnicas de reprodução assistida heteróloga e, com isso, evitam o direito à investigação de paternidade, a reivindicação de alimentos e de herança. O anonimato da doação de sêmen trás em si a perda da identidade genética do donatário. Os bancos de sêmen e oócitos não têm regulação específica em nossa legislação.

O objeto desse trabalho é mostrar que o anonimato do doador de sêmen e oócitos pode levar a uma utilização indiscriminada. Uma das preocupações dos estudiosos a respeito é a possibilidade de incesto e de consangüinidade já que pelo sigilo e com o passar do tempo é possível à união de pessoas da mesma origem genética.

Qual a consequência da falta de controle implicando em questões biogenéticas? Diante da abordagem teórica da revisão bibliográfica, questiona-se: que consequências poderão advir da ausência de controle nos bancos de sêmen, quais os riscos de consangüinidade, relações incestuosas e degeneração genética? Antes de definirmos a licitude de tais circunstâncias, é necessário examinar diversos aspectos, diante de complexos problemas que envolvem vários seres humanos, considerados não só sob o ponto de vista pessoal, mas também no seu meio ambiente social.

A Fecundação artificial homóloga é plenamente aceita por todos e não fere princípios da moral e do direito. A fecundação artificial heteróloga afeta várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações têm que ser avaliada com muito cuidado. Essas pessoas são: a mulher, o esposo quando existe, o médico, o doador, a esposa do doador, o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral).

O processo iniciado com o anonimato dos bancos de sêmen chega até as micro manipulações da engenharia genética, comprometendo a dignidade humana, criando homens programados e estabelecendo quando, onde e como alguém deve nascer. É importante refletir sobre algumas questões, até então confusas e inusitadas, sobre o quê representa a maternidade, o conteúdo genético transmitido ao filho e o vínculo afetivo criado.

1.1. Problema de estudo

As complicações e as consequências oriundas da falta de controle pelos bancos de sêmen e oócitos. Diante do enfoque da abordagem levantamos a seguinte questão: consequências poderão advir da ausência de controle nos bancos de sêmen, quais os riscos de consangüinidade, relações incestuosas e degeneração genética?

1.2. Objetivo

O objetivo deste trabalho é apontar algumas consequências éticas e legais oriundas do sigilo e anonimato do doador, para controle dos bancos de sêmen, necessariamente através de uma regulamentação governamental, visando coibir experimentações especulativas, distantes e distintas da realidade, cujo resultado trazem em seu bojo inúmeras questões de ordem jurídica e moral.

CAPÍTULO 1 - HISTÓRICO

Desde os mais remotos tempos a humanidade coloca a esterilidade e a fecundidade em lados opostos, atribuindo a esta a idéia de bem e àquela a idéia de mal. As primeiras manifestações de arte na história traziam a mulher grávida, mostrando o quão importante e belo é para a espécie humana a reprodução. Equiparava-se a mulher a terra por ser capaz de fazer brotar a vida de si mesma; no entanto a mulher estéril era tida como um ser amaldiçoado e que, portanto deveria ser eliminada da sociedade.

Essa discriminação pela pessoa estéril, que se percebe nos primórdios da humanidade, refletiu ao longo da evolução humana e ainda hoje se sente seus efeitos na sociedade moderna. O casal que se depara com o problema da infertilidade enfrenta uma angústia muito grande por não poder corresponder aquilo que o grupo social espera de um homem e de uma mulher.

A possibilidade do sexo sem o risco da procriação trazida pelas pílulas anticoncepcionais não aboliu a necessidade da reprodução. O que se espera de um casal é justamente a criação de uma família e, embora o conceito de família venha sofrendo algumas modificações na atual sociedade, ainda prevalece o entendimento de que ela surge com a chegada do filho.

Tendo em vista esses aspectos, percebe-se que a esterilidade atinge o ser humano não apenas na sua vida íntima, mas trás conseqüências no seu convívio familiar, na sua relação com a sociedade como um todo. Assim, é extremamente compreensível que a pessoa estéril busque todos os meios possíveis para a superação dessa sua incapacidade reprodutiva na tentativa não apenas de resolver a falta do tão almejado filho, mas sobretudo para restabelecer-se psicológica, sentimental e socialmente.(PALUDO,2006).

Os avanços recentes da biotecnologia trouxeram enormes benefícios a humanidade uma vez que praticamente permitem o controle da vida, desde sua concepção. Dentre tais progressos salientam-se as práticas de procriação artificial destacando-se a inseminação artificial e a fecundação in vitro.

A modernização de práticas de reprodução assistida, decorrente do progresso biotecnológico, tem afetado a família, a paternidade, a maternidade, o sentido de concepção humana e a intangibilidade dos seres humanos.

A contribuição trazida à reprodução humana, no que diz respeito à impossibilidade de ter filhos, é mais notória, sobretudo, porque a transmissão de vida constitui a mais sublime capacidade humana, à medida que trás enormes mudanças sociais, jurídicas e psicológicas na vida de quem procria.

A bioética nasceu da necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas. Uma vez que esses progressos biotecnológicos trazem implicações na sociedade, vê-se que é necessária a presença do Direito ao lado da Bioética para que haja a defesa das pessoas perante possíveis abusos.

Os avanços biotecnológicos precisam encontrar limites para que não violem direitos fundamentais do homem, e para tanto precisam ser regulados, já que nossa legislação ainda não contempla inteiramente o tema (PALUDO, 2006).

1.1 - A FECUNDAÇÃO *IN VITRO*: DEFINIÇÕES, HISTÓRICO, CLASSIFICAÇÃO.

A fecundação é um processo através do qual um gameta masculino (espermatozóide) perfura as membranas lipoprotéicas do gameta feminino (óvulo) e combina-se com esse formando uma célula diplóide, o zigoto (com dupla carga genética), que em poucas horas inicia seu processo de divisão celular, o que já configura o desenvolvimento do embrião.

A reprodução humana assistida é basicamente a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objeto de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade. A esterilidade e a infertilidade são doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças pela OMS, e como tal, podem ser tratadas. (ALDROVANDI, FRANÇA, 2006).

A Fecundação Artificial, também chamada de Reprodução Medicamente Assistida, é um conjunto de técnicas através das quais permite a reprodução sem sexo, ao contrário da contracepção que permite a prática sexual sem o risco de reprodução.

Fecundação artificial é todo processo em que o gameta masculino encontra e perfura o gameta feminino por meios não naturais. Existem duas formas clássicas ou principais de fecundação artificial, que são a Inseminação Artificial (IA) e a Fecundação *in vitro* com Embrio-Transfer (FIVET), com transferência do embrião para o organismo materno

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida através da qual os espermatozóides, previamente recolhidos e tratados, são transferidos para o interior do aparelho genital feminino por meio de uma cânula.

A Fecundação *in vitro* consiste na técnica de fecundação extracorpórea na qual o óvulo e o espermatozóide são previamente retirados de seus doadores e são unidos em um meio de cultura artificial localizado em vidro especial

Existe a fecundação *in vitro* homóloga que é aquela feita com o óvulo e espermatozoides provenientes do próprio casal de quem o embrião vai ser filho e a do tipo heteróloga que é aquela em que pelo menos um dos gametas utilizados na criação do embrião provém de um doador externo ao casal.

Há notícias que desde meados do século XVIII já havia experiências de inseminação artificial em peixes. Em 1755, Lazzaro Spallanzani, biólogo italiano, obteve resultados positivos na fecundação de mamíferos. Em 1799, John Hunter, médico e biólogo inglês obteve êxito na fecundação assistida em seres humanos. Em 1884, Pancoast, médico inglês fez a primeira inseminação heteróloga. Em 1910, Elie Ivanof, russo, responsável pela descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento. Em 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos EUA. Em 1953, os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H.C. Crick descobriram a estrutura em hélice do DNA, descoberta que deu origem a Genética molecular considerada o marco inicial da Engenharia Genética.

A técnica da FIVET (fecundação *in vitro* com transferência do embrião) iniciou em 1959 com o cientista M.C.Chang que expôs o sucesso da utilização do método no nascimento de coelhos. Em 1965, o doutor R.G. Edwards começou este tipo de experiência em seres humanos..Em 1978, nasce Louise Brown, o primeiro bebê de proveta. Em 1980 na Austrália, é criado o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados e já se registravam 13 casos de gravidez de um total de 103 pacientes tratadas pela técnica de Fecundação *in vitro*. Entre 86 e 88 só na França 4000 mulheres engravidaram através desse processo. Em

7/10/1984 foi concebida Ana Paula Caldeira, a primeira brasileira fruto da fertilização *in vitro* (BARBOSA, 1993 *apud* GAMA, 2003, p. 674)

Várias são as situações possíveis na FIVET: filho de óvulo e sêmen do casal sob tratamento, gestado pela própria mulher; filho de óvulo da mulher do casal, gestado por ela e de sêmen de doador; filho de gametas do casal mais gestado por uma segunda mulher; filho de óvulo da mulher do casal com espermatozóide de um doador gestado por outra mulher; filho de óvulo doado e sêmen do companheiro e gestado por uma terceira mulher; filho de óvulo doado pela gestante e sêmen do varão do casal; filho de óvulo e sêmen de doadores gestado pela mulher do casal. (FRAZÃO, 2006)

1.2 – TÉCNICA E INDICAÇÕES DA FECUNDAÇÃO *IN VITRO*

O problema da esterilidade, desde os mais remotos tempos da humanidade era tido como um problema feminino, contudo Johann Ham afirma no século XVII, que a infertilidade decorre, muitas vezes, da escassez de espermatozóides; a partir de então se passou a considerar que se trata de um problema também de ordem masculina.

A FIVET é indicada quando a mulher ou o homem sofre de infertilidade grave e que outras técnicas mais simples como a inseminação artificial, já não resolvem. Essa infertilidade ocorre na mulher principalmente quando essa sofre de esterilidade de origem tubária: o óvulo não pode atravessar a trompa para ser fecundado por um espermatozóide por alguma obstrução no trajeto ou por não produzir óvulos. No caso de infertilidade masculina as causas podem ser a azoospermia, quando o indivíduo não produz espermatozóide e a oligospermia quando a produção é insuficiente.

No homem, os testes se concentram basicamente no líquido seminal. No decorrer do período de exames, quase sempre se aproveita para se congelar espermatozóides para um possível uso

futuro. Tal fato alimenta a criação de bancos de esperma e a de banco de embriões. (FRAZÃO, 2006)

1.3 – PROBLEMAS BIOGENÉTICOS E SÓCIO-CULTURAIS

No tocante às questões biogenéticas, o maior problema que se levanta é quanto à possibilidade que tem um indivíduo que após doar seu esperma, ter seus gametas presentes em várias fecundações diferentes, o que acarretaria um descontrole genético quanto a pessoas consangüíneas de pai que nem mesmo conhecem. Isso aumenta o risco de proliferação de doenças genéticas e também a possibilidade de haver casamentos consangüíneos que, quase sempre, gera uma prole geneticamente problemática.

A questão sócio-cultural que se impõe decorre da possibilidade da prática de eugenia. A escolha de características fenotípicas dos bebês poderia levar ao acirramento dos preconceitos e discriminações, além de haver o prevalecimento do padrão racial sobre outros no processo de escolha dos padrões genéticos. Em tal seleção, acham-se implícitos juízos de valor preconceituosos que seriam inevitavelmente transferidos para as relações sociais. (FRAZÃO, 2006).

Em função da quase inexistência de uma prática de registro, assim como da ausência de vigilância das atividades laboratoriais e clínicas da reprodução assistida, não se tem conhecimento, por exemplo, de quantos embriões excedentes são produzidos, quantos estão congelados, quais os índices de gestação múltipla e suas conseqüências para a saúde das mulheres e dos bebês, quantos nascem por ano através dessas técnicas, quais as condições de nascimento, quais as taxas de sucesso da aplicação das diferentes técnicas entre diferentes casos de infertilidade. Quais os problemas morais, éticos, pessoais, suscitados por essa forma

de intervenção no processo reprodutivo que tem repercussões no plano da filiação, da constituição de famílias. Encontram-se mal documentados e mal esclarecidos os altos riscos e custos no emprego das novas tecnologias reprodutivas (CORREA, 2000).

A invasividade e as pesadas manipulações do corpo feminino, implicadas nas diferentes etapas do ciclo de fertilização *in vitro*, tais como hiperestimulação hormonal, punção e coleta de óvulos, superprodução de embriões, etc., são aspectos negativos impostos às mulheres que doam seus óvulos. As dificuldades de recrutamento de doadoras tem papel central nos programas de doação de óvulos podendo levar a propostas eticamente inaceitáveis ou contestáveis, fazendo com que mulheres submetidas a uma técnica de reprodução doem seus óvulos para outra mulher, por sua dependência da equipe médica, sendo altamente questionável a posição de autonomia necessária a um consentimento livre ou em face de uma vulnerabilidade sócio-econômica levando-as a receberem remuneração. O silêncio e a falta de reflexão a respeito da tecnologização da vida humana, leva a mercantilização no campo das novas tecnologias conceptivas..

A tecnologia conceptiva se desenvolveu em função de uma demanda tão antiga quanto à própria humanidade: o desejo de ter filhos, de continuidade, de formação de famílias, enfim de reprodução social. A medicina reprodutiva oferece um tratamento que ajuda a satisfazer esse desejo. Em geral a mulher não é incentivada a correr riscos no campo da aventura, mas correr riscos para fins de maternidade é aceito e culturalmente incentivado, como levar adiante uma gravidez de risco ou vencer obstáculos, sofrimentos e frustrações pelas baixas taxas de sucesso, no caso da reprodução assistida (GROSSI, PORTO, TAMANINI, 2003).

Estudos mostram que as técnicas de reprodução assistida alteraram os limites da concepção humana e redesenharam as relações de parentesco.

1.4 - DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO *IN VITRO*

As pessoas sempre tiveram como certa maternidade devido à gravidez e ao parto. Dessa forma a identidade da mãe era sempre conhecida e a do pai presumida. Através do jurisconsulto romano Papiniano, o Direito adotou as presunções de paternidade e maternidade através do princípio: “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” (é pai aquele que as núpcias indicam) e ainda “*mater sempre certa est*” (a mãe é sempre certa).

O desenvolvimento das técnicas de reprodução humana medicamente assistida coloca em dúvida a regras romana milenar, uma vez que trazem a tona questionamentos quanto às relações daí decorrentes. (PALUDO, 2006)

Nos casos fecundação *in vitro* heteróloga, surge o problema jurídico da identidade de uma criança nascida por essa técnica de reprodução assistida. Como essa criança não tem sua origem biológica correspondendo a sua origem social, será que ele teria o direito de conhecer suas verdadeiras raízes biogenéticas? Será que pode ser dada ao sujeito a pretensão de conhecer o doador ou doadores dos gametas do qual ele é fruto? Se um mesmo indivíduo tiver tido seu espermatozoide presente em várias fecundações, será dado o direito a todos aqueles que foram gerados a partir de seu gameta?

As técnicas de reprodução assistida, em especial a fertilização *in vitro*, são de utilização bastante recente no cenário nacional. Isso posto, não há lei específica que regule por completo todas as implicações que estas técnicas podem acarretar. Contudo, dada à importância da matéria, existem algumas disposições normativas que tentam, dentro dos seus limites, controlarem as práticas médicas relacionadas ao tema. Tais disposições encontram-se reunidas basicamente em três diplomas: o Código de Ética Médica, a resolução do Conselho

Federal de medicina nº. 1358/92 e a lei 8.974/95 que disciplina os processos de manipulação genética.

A resolução do CFM nº. 01358 de 11 de novembro de 1992, sobre a doação de gametas ou pré-embriões dispõe que obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim 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. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, com as características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

O anonimato da doação de gametas por doadores e receptores, visa proteger a criança de possíveis perturbações psicológicas, garantindo que nenhuma ligação afetiva ocorrerá entre a criança e seu pai biológico, visto que não haveria utilidade social alguma.

Há o consenso mundial de que o doador de sêmen deve ficar no anonimato, também prevista essa norma pela Resolução CFM nº. 1358/92, em sua seção IV, 2.

Frente a tais entendimentos, pergunta-se: a criança gerada terá direito de ser informada sobre a sua identidade genética? Alguns países dão esse direito à pessoa quando ela alcança maioridade, outros apenas nos casos em que a saúde da pessoa que foi procriada pelo método artificial estiver em risco e seja indispensável para o seu tratamento tal informação.

Entendemos que a única maneira das práticas de reprodução assistida proporcionar uma maior segurança às relações sociais daí advindas, seria haver uma legislação prevendo

que o resultado do seu uso deve ser admissível moral e eticamente, daí a importância de uma lei que estabeleça limites a tais procedimentos. As informações sobre o doador só seriam reveladas quando necessárias nos casos de risco à saúde, resguardando a identidade civil do doador.

Cabe ressaltar que o Brasil ainda não possui legislação específica que regule a Reprodução Assistida e os julgados que tratam sobre o tema ainda são raros em nossos pais.

Na opinião de Gama (2003), o direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área de reprodução humana, mormente envolvendo as fontes de paternidade, maternidade e filiação, e todas as transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno denominado “desbiologização”, ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento biológico ou psicológico.

Tepedino (1997), no mesmo sentido, entende que uma vez estabelecida a paternidade e maternidade do casal de quem encomendou o material genético, é indiferente a origem genética do esperma doado, por efeito de estabelecimento da filiação. Portanto, a doação anônima do esperma não acarreta vínculo de parentesco ao doador.

A legislação vigente no Brasil consagra a maternidade pela gestação e parto, considerando que a mulher que dá a luz é necessariamente aquela que fornece o óvulo. Este pressuposto não é mais verdadeiro, pois a mulher pode dar a luz a um filho que biologicamente não é seu. Portanto a gestação, e principalmente a afetividade serão as determinantes da maternidade. Como nos diz Leite (1995): no direito atual, como é desejo do casal a quem foi feita a doação, e de acordo com a vontade da doadora do óvulo, a mãe é aquela que gera a criança, porque é ela que tem o parto.

A doadora de óvulo não poderá reivindicar a maternidade em decorrência do sigilo exigido pelos laboratórios, e porque, no momento da doação, renunciou a maternidade voluntariamente, da mesma forma como quem entrega uma criança para a adoção, que renuncia ao direito de filiação. Na ausência de legislação específica que regule a questão, é assim que deverão resolver os tribunais, em analogia com a adoção, e ainda com uma atenuante: ao contrário da fecundação, na adoção não há parto, o que é mais um ponto para determinar a filiação. Mas, acima de tudo, a filiação aqui é determinada pela afetividade, já que a filiação deixou de ser exclusivamente biológica.

1.5 - BANCO DE SÊMEN E ÓVULOS

Por disposição legal expressa, tanto no parágrafo único do art. 3, da Lei de Engenharia Genética (nº 8.974/95), como no parágrafo único do art. 1º, da Lei de Transplantes de Órgãos Humanos (nº 9.434/97), o sangue, o espermatozoide e o óvulo foram excluídos dessas regulamentações, porque esses materiais biológicos exigem disciplinantes próprios. A doação de sangue, em razão de sua antiga e intensa utilização e de fácil transmissão de doenças, já tem regulamentação própria.

A impossibilidade de congelar e disponibilizar óvulos em bancos, como havia ocorrido com o sêmen, colocou um entrave à circulação desse material biológico humano. Estudos mais recentes sobre a maturação do oócito *in vitro* permite, com resultados limitadíssimos, o congelamento de óvulos e tecido ovariano e a criação de bancos de óvulos. Em função das dificuldades apontadas, a doação de óvulos permaneceu pouco utilizada, reaparecendo agora junto com outras propostas que indicam aumento da invasibilidade conceitual, implicando na intervenção no ovo formado através de técnicas intracitoplasmáticas. (CORREA, 2000).

Sobre a doação de espermatozoides e sua utilização em Reprodução Assistida (RA), as regras são a coleta do espermatozoide de pessoa fora da unidade familiar e sua utilização médica por meio de introdução artificial e *in natura* no útero, ou de pré-embrião obtido *in vitro*, há de se caracterizar como doação sigilosa de modo que o doador não conheça a receptora e vice-versa. Desse estatuto legal complementar, dentre outras obrigações, destacam-se:

- a) Proibição de caráter lucrativo e comercial;
- b) Exigência de consentimento de doadores e receptores, pelos aspectos: biológico, jurídico, ético e econômico;
- c) Proibição de selecionamento de características biológicas do futuro filho, exceto se para evitar doenças;
- d) Proibição de utilização desses materiais biológicos em experimentos, ou seja, fora da procriação humana;
- e) Limitação em quatro o número de pré-embriões a ser transferidos, para limitar a eventual multiparidade;
- f) Proibição da reprodução embrionária, em caso de gravidez múltipla;
- g) Manutenção de sigilo tanto em relação ao doador como ao receptor;
- h) Proibição de que o integrante de unidade clínica sejam doadores;
- i) Cuidar para que haja, dentro do possível, semelhança fenotípica e imunológica e a máxima compatibilidade com a receptora.
- j) Exigência de declaração dos doadores sobre o destino a ser dado aos pré-embriões não utilizados e criopreservados.

- k) Recomendação para que a doadora temporária de útero pertença à mesma família, ou seja, se estranha, mediante autorização do CRM.
- l) Manutenção de registros comprobatórios do cumprimento das cautelas e de todos os deveres discriminados.

Uma das preocupações dos estudiosos a respeito do sigilo e que com o passar do tempo, é possível a união de pessoas de mesma origem genética. Entretanto, para evitar ou diminuir ao máximo tal possibilidade, dentre outras preocupações, a Resolução nº1.358/92 em questão estabelece o limite de duas gestações, de sexos diferentes, relativo a cada doador, numa área de milhões de habitantes. Exige, também, acompanhamento das gestações, com registro dos nascimentos ocorridos, inclusive para o contínuo aperfeiçoamento das técnicas médicas utilizáveis e as preocupações a tomar.

Nada impede, contudo, que venha a ser exigido desses futuros nubentes, por lei e como requisito prévio do casamento (ou valor cultural, em caso de união estável), exame prévio de não parentesco consanguíneo, para afastar de vez o perigo de incesto.

Para o Poder Judiciário e no que se refere à Reprodução Humana Assistida, pouco importa como a pessoa humana teve seu início biológico. Como resultado legal desse desprezo à origem genética, dentre outros, encontram-se as presunções, *jure et de jure*, de paternidade que decorrem do casamento.

Diferente, contudo, será a posição do filho nascido por esse meio, ao atingir a maioridade, quando então poderá promover a investigação de paternidade, desde que tenha indício do suposto pai, com início de prova obtida por meio ilícito (art. 5º, inciso LVI, da CF/88 e art. 332 do CPC). Não pode, por exemplo, “escolher” ou “desconfiar” que tal pessoa é doador genético, e, contra a mesma, aventurar demanda investigatória.

As clínicas e estabelecimento de saúde especializada nesta área, no tocante à responsabilidade civil, respondem pela prática de contrato de meios, porque é impossível garantir resultado. Óbvio que lhes competem o dever prévio de exame minucioso dos doadores, com vistas a excluir aqueles que possam portar doenças transmissíveis geneticamente.

Compete-lhes, também, o dever de catalogação classificatória dos doadores (sob sigilo, sempre), para a adequação à harmonia de futura família (razoável similaridade fenotípica). Compete-lhes, igualmente, fazer o registro administrativo (interno dos nascimentos ocorridos neste processo para o aperfeiçoamento e garantia do sistema).

Devem, ainda e desde que previamente autorizados pelo casal interessado, pesquisar doenças genéticas no pré-embrião antes do implante. Não se trata de “seleção”, mas tão apenas precaução evitar nascituros com doenças graves haverá responsabilidade solidária do médico se o empenho não foi exaustivo e as técnicas adequadas não foram observadas.

Se a gravidez decorrer de fertilização *in vitro* com utilização de óvulo doado (de doadora sob sigilo) e sêmen de um dos componentes da união sexual masculina no registro de nascimento constará o nome do homem que forneceu o sêmen e o nome da mulher que se prestou à gestação.

Na união estável feminina, homossexual, se o espermatozoide provier de pessoa certa este será o pai, se o oriundo de banco de sêmen não haverá registro paterno em cumprimento ao sigilo. Se nenhuma das mulheres que compões a união estável puder oferecer óvulo não se poderá cogitar de “procriação assistida”. A doutrina e a jurisprudência relutam em admitir a adoção por parte de casal homossexual, fieis ao instituto da família e com vistas a proteção integral da criança especialmente de natureza psicológica.

A ciência medica deve ser aplaudida quando utilizada como forma de permitir a mulher e ao homem poder se realizar como pais, o que não deve ser permitido é esse avanço científico prestar-se como forma de procriação inconseqüente a titulo de experiência ou para a satisfação de desvios de personalidade dos doadores dos respectivos gametas, ou dos médicos que os manipulam (SEBASTIÃO, 2003).

CAPÍTULO 2 - SIGILO NA ADOÇÃO E SIGILO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Outros princípios que podem ser depreendidos do modelo da adoção estatutária que tem conexão com a procriação assistida exógena são os do sigilo da adoção e do anonimato dos pais e parentes naturais.

O sigilo da adoção representa o segredo do estabelecimento dos novos vínculos de parentesco do adotado, o que impede a qualquer pessoa a obter informações e, portanto, ter conhecimento sobre determinado indivíduo adotado.

O anonimato dos pais e parentes naturais do adotado decorre da necessidade da pessoa adotada se desvincular total e absolutamente da família natural, permitindo sua plena e integral inserção na família civil (e substituta). É importante observar que tais princípios são especialmente dirigidos à proteção e segurança da criança e do adolescente.

Assim o caput do artigo 47 prevê que a sentença concessiva da adoção deve ser registrada no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais mediante mandado do qual não se fornecerá certidão, lavrando-se novo assento de nascimento como se fora o primeiro, ignorando o registro anterior. O mandado judicial expelido deverá ser arquivado em Cartório, e também servirá para o cancelamento do registro de nascimento original do adotado, com base no § 2º, do mesmo dispositivo do Estatuto.

Nas certidões extraídas a partir do novo registro de nascimento não se poderá fazer qualquer observação ou referência a respeito da origem do ato (sequer a referência à lei nº 8.069/90, ou seja, ao Estatuto da Criança e do Adolescente).

Há uma exceção, tratada expressamente no § 4º, do artigo 47, no sentido da possibilidade de ser expedida certidão para salvaguarda de direito, como por exemplo, para

fins de controle a respeito da presença (ou não) de impedimentos matrimoniais, ou para fins de assegurar direito à sucessão em favor do adotado relativamente ao período anterior à adoção diante de herança deixada por parente natural (GAMA, 2003).

.Verifica-se, no entanto, que tal afastamento do princípio do sigilo da adoção e, eventualmente, do anonimato dos pais e parentes naturais corresponde à exceção legal que somente pode ser efetiva a critério da autoridade jurídico (SÉGUIN, 2005).

A despeito dos vínculos jurídicos entre a pessoa adotada e seus pais e parentes anteriores à adoção, o próprio art. 41 caput, parte final, do Estatuto, prevê que os impedimentos matrimoniais entre a pessoa que foi adotada e seus antigos pais e parentes subsistem.

Tal regra se mostra relevante, porquanto demonstra a preocupação do ordenamento jurídico em evitar uniões incestuosas sob o prisma biológico, o que significa dizer que a ficção jurídica da adoção não pode romper os valores culturais associado ao temor do incesto.

No âmbito dos impedimentos dirimentes públicos, aqueles que se vinculam ao tema da adoção são os chamados impedimentos do parentesco; da consangüinidade (*impedimentus consanguinitatis*), da afinidade e da adoção. Aqueles que se casam sendo proibidos por força de impedimento de parentesco praticam o incesto.

Como acentua Arthur Silva Filho (1997), o tabu do incesto, que revela juízo do valor negativo aos contatos e uniões sexuais entre parentes, tem sentido universal, a despeito da existência de informações sobre alguns povos antigos que praticavam. No entanto, a evolução da civilização humana conduz à convicção de que tais práticas não deveriam existir.

MONTEIRO (1996) aponta marcos históricos demonstrativos do repúdio ao incesto pela civilização cristã, depois do período inicial de promiscuidade sexual dos primórdios da

civilização, quando então se passou a considerar imorais as revelações carnavais entre pais e filhos e irmãos e irmãs. Assim, na história grega, Édipo se casou com Jocasta na ignorância de que ela era sua própria mãe, mas tal união foi castigada diante da peste que contaminou Tebas e que somente foi curada com o exílio do culpado (GAMA, 2003).

As uniões matrimoniais entre parentes colaterais próximos, como aquela entre irmão e irmã, inicialmente não receberam, repúdio, tanto é que há relatos históricos, como o casamento de Abraão com sua irmã Sara, e dos últimos faraós do Egito que se casaram com irmãs, unilaterais ou bilaterais. Contudo, tais uniões também acabaram sendo condenadas e proscritas, gerando uma universalização a respeito da convicção da repugnância de qualquer contato ou união sexual entre parentes próximos. Diz-se, inclusive, que tais uniões gerariam a degeneração da humanidade, pois a prole resultante delas seria constituída de pessoas com doenças e mazelas.

A respeito do tema envolvendo a doação de gameta – óvulo ou espermatozóide, o artigo 199, § 4º, da Constituição Federal, prevê a regulamentação por meio de lei, das condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de tratamento, sendo vedado qualquer tipo de comercialização.

Desde o advento da Constituição em 1988 até hoje não foi editada a lei referida no dispositivo constitucional a respeito dos gametas masculino e feminino, mas já houve edição da Lei nº 9434, de 04 de fevereiro de 1997, sobre a adoção de órgãos e partes do corpo humano, e da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, sobre coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue seus componentes e derivados. De todo modo, a falta de regulamentação por Lei, da adoção de gametas não impede que nos casos em que constate a impossibilidade de reprodução carnal e da reprodução assistida homóloga, seja

possível o recurso à técnica adequada de reprodução heteróloga como emprego de material fecundante doador por terceiro.

Há, portanto duas dimensões importantes na concretização da procriação:

- a) A individual que é representada pelo sonho da imortalidade diante dos filhos serem carne de sua carne, pela suposição da criação de uma relação pai-filho, e/ou mãe-filho que é ideal, corrigindo os defeitos de sua criação e, portanto, revivendo e simultaneamente, apagando o passado;
- b) A social que é o cumprimento dos papéis que a tradição e a cultura daquela comunidade estabeleceram para o casal

Os defeitos deletérios, da índole psicológica, do recurso às técnicas de reprodução humana às crianças concebidas por força de assistência médica não podem ser desconsiderados (GAMA, 2003)

2.1 - SIGILO E ANONIMATO

Os bancos de sêmen e oócitos não têm regulação específica em nossa legislação. O sigilo da origem da filiação não é exclusivo das relações de parentesco civil, mas também atinge outros modelos de filiação, como no campo da filiação extra matrimonial, em cumprimento ao comando constitucional contido no artigo 227, § 6º, as Leis 8.069 e 8.560 datadas respectivamente de 1990 e 1992, portanto, no período de vigência da Constituição de 1988, estabeleceram preceitos que tem como finalidade impedir a qualificação de maneira discriminatória dos filhos para evitar qualquer tratamento depreciativo a eles nas relações civis e sociais das quais participem. De todo modo, o segredo da origem ou do procedimento judicial ou médico da filiação, foi concebido em benefício do filho, e a partir de tal

constatação devem ser encarados o anonimato da pessoa do doador e o próprio anonimato do casal e da futura criança.

O sigilo do procedimento e anonimato dos pais naturais não pode ser considerado contra a própria pessoa, a qual tem interesse em conhecer suas origens sob o prisma biológico. Haverá, ainda, o resguardo ao direito à intimidade da pessoa, diante da continuidade do sigilo do procedimento e do anonimato do doador relativamente ao restante da coletividade. Atualmente, há o remédio constitucional do hábeas data introduzida pela Constituição Federal no direito brasileiro a fundamentar a possibilidade do adotado ter acesso às informações relativas à sua pessoa que constem do registro civil.

É fundamental observar que os princípios relativos ao sigilo do procedimento judicial (adoção) e medico (reprodução assistida heteróloga) e o anonimato das pessoas envolvidas devem ser mantidos com vistas à tutela e a promoção dos interesses do adotado e da futura criança, mas logicamente deverão ceder relativamente à pessoa do próprio adotado e da pessoa que resultou de técnicas conceptivas heteróloga, diante do reconhecimento, no direito brasileiro, dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso as suas informações sobre toda a sua historia sob o prisma biológico, não por simples curiosidade, mas para o resguardo de sua existência , e proteção contra possíveis doenças hereditárias(ou genéticas) que pudesse a contrair diante da ascendência biológica. Contudo, não é esta a posição que tem prevalecido na maior parte dos sistemas jurídicos que nos permite à reprodução assistida heteróloga, em que o anonimato foi levado a condição de principio fundamental, aplicando-se inclusive à própria pessoa que foi concebida por procriação assistida.

A medicina prevê o anonimato dos doadores e dos receptores, mas admite, em situações excepcionais, por motivação médica o fornecimento de informações para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador (GAMA, 2003)

Eduardo de Oliveira Leite (1995), defende o anonimato do doador, do casal e da criança, levando em conta o interesse da criança, em primeiro lugar, e também o interesse do doador contra qualquer tentativa de pesquisa acerca dos laços de filiação, além de garantir a paz familiar e desencorajar eventuais manobras espúrias por parte dos doadores. O autor ainda observa que no sistema francês o anonimato é considerado princípio fundamental especialmente em atendimento aos interesses da criança, evitando qualquer possibilidade de litígio a respeito da paternidade entre doador e os pais da criança e, no Direito de Família, o anonimato propicia a não-dissociação das estruturas de parentesco com a presença de apenas um pai e não um pai biológico e um pai afetivo.

Diante de tal razão, a ECA estabeleceu o rompimento de laços jurídico-familiares entre o adotado e os pais naturais, o que deve também ocorrer na procriação assistida heteróloga. O mesmo se verifica no sistema de novo Código Civil, conforme o preceito contido no artigo 1.626, caput. O anonimato deve desempenhar suas funções importantes:

- a) Inicialmente a de permitir a total integração do recém nascido com a família que o acolheu por força da procriação assistida heteróloga, impedindo, deste modo, a interferência de terceiros- como doador- na formação e desenvolvimento da criança especialmente no campo da construção de sua personalidade, e no integral acolhimento do estado de filho de seus pais;
- b) Impedir qualquer tratamento discriminatório, excludente, relativamente à criança, o que demonstra que o sigilo do processo é conveniente e deve ser mantido, além do anonimato da pessoa do doador.

Contudo, a partir da verificação da plena integração do filho à família, da apresentação de condições pessoais de discernimento para ser informado, e do melhor interesse do próprio filho quanto ao direito à identificação genética como parte integrante da esfera de sua personalidade, o segredo do procedimento e o anonimato do doador devem ceder ao interesse do filho, o que não significa que tais circunstâncias se publiquem, portanto não há qualquer dever da pessoa que descobre seu genitor/sua genitora sob o prisma biológico em divulgar ou informar às outras pessoas as suas descobertas e sua intimidade.

Algumas legislações admitem a ressalva do anonimato apenas no caso de motivações médicas como doenças hereditárias ou genéticas estabelecendo, que ainda assim, a informação deve se limitar aos médicos, o que se afigura violador e atentatório aos legítimo e digno interesse da pessoa a descobrir a história de sua existência que se insere no contexto maior do direito à vida. Tal revelação, como será visto, não propiciará o estabelecimento de qualquer tipo de parentesco sob a prima jurídico, entre doador e a pessoa concebida por reprodução assistida heteróloga, tal como vem sendo tratada à matéria no direito sueco, e reconhecida no direito alemão por construção pretoriana.

Chaves (1994), a respeito do tema, constata que a Itália, diante da ausência de disciplina legal a respeito da matéria, vem atraindo mulheres de todas as idades – em especial as de idade mais avançada das mais diversas partes do mundo para, sem nenhuma restrição, conseguir engravidar e ter filhos, o que vem se apelidando de ‘supermercado da gravidez’ diante da alta rentabilidade do negócio envolvendo a reprodução para determinados “profissionais”. A própria escolha do sêmen associada às características da pessoa do doador não pode se vincular a escolhas eugênicas por parte do casal que pretende procriar.

Verifica-se no campo da procriação assistida heteróloga, que a noção contida no texto da lei de 1997 abrange os dados relativos ao procedimento médico realizado no acesso do

casal à técnica, bem como à identidade do doador, não sendo possível que o Oficial Registro Civil das Pessoas Naturais ou centro de saúde (ou, ainda, o medico que mantenha os dados relativos ao procedimento medico) se recuse a fornecê-los à pessoa que foi concebida mediante procriação heteróloga.

Em primeiro lugar: a informação constante do registro pode ser transmitida a terceiro como o outro medico que durante o tratamento da pessoa doente, requeira o acesso a tais informações, o que é admitido na legislação francesa e na Resolução brasileira n ° 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, em segundo lugar as informações não são de uso privativo do guardião considerando que dizem respeito essencialmente para a origem e historicidade genética da pessoa gerada. Deste modo muito mais importante do que as projeções de conteúdo ideológico, político, sexual, social ou religioso das informações deve ser o conteúdo mais intimo e pessoal que tais dados revelam. O sigilo do procedimento e o anonimato do doador dever valer para todas as demais pessoas, menos para a própria interessada, sendo conveniente que, em consonância com o melhor interesse da criança e do adolescente, tais informações devem ser transmitida à pessoa quando ela tiver atingido maturidade suficiente que lhe permita ter acesso a tais dados.

As informações sobre a própria concepção da pessoa e que se encontram registradas em arquivo ou banco de dados do centro de saúde, do banco de sêmen, do banco de embriões ou do consultório medico devem ser tratadas como mais importantes do que aquelas relativas à situação patrimonial da pessoa. Cuida-se, tão somente, de dar efetividade aos direitos fundamentais da pessoa humana que, nessa parte, pode se concretizar através do remédio constitucional do hábeas data. É oportuno ressaltar que as informações, uma vez reveladas, não se tornarão publicas e, portanto, o medico ou o centro de saúde não poderá divulgá-las, mantendo o sigilo do procedimento e o anonimato do doador, somente podendo revelar se for autorizado pelos interessados.

Como observou Villela (1978), ao comentar julgado do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, “uma coisa é ser pai, outra é ser ascendente biológico masculino”, o que se mostra perfeitamente compatível e coerente no ordenamento jurídico brasileiro. A paternidade já foi definida a priori por outros elementos que não o da consangüinidade, motivo pelo qual a informação a respeito do procedimento médico e da intensidade do doador somente permite o pleno conhecimento da história de sua vida sob o prisma biológico que pode perfeitamente auxiliar a pessoa a compreender várias manifestações físicas, psíquicas ou comportamentais que até então desconhecida.

No caso brasileiro, se houver negativa do fornecimento da informação solicitada, somente por *habeas data* será possível a obtenção, podendo o juiz, previamente, avaliar a oportunidade e conveniência da revelação da informação à pessoa solicitante. Não se coloca em dúvida a circunstância de que as dimensões social e afetiva se mostram relevantes em matéria de paternidade-filiação, tanto é que os critérios do estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação, no âmbito da procriação assistida heteróloga, desconsideram o dado biológico, mas tal circunstância não é impeditivo a que a pessoa possa posteriormente após atingir certa maturidade conhecer sua origem genética no contexto dos direitos e da personalidade.

Tal constatação demonstra a necessidade de edição da lei para tratar da assistência que o Poder Público deverá prestar às origens do parentesco civil, que tem como espécies a adoção e a reprodução assistida heteróloga. Tal assistência deve ocorrer em dois momentos distintos:

- 1 - a fixação e exigência de cumprimento de requisito e condições anteriores ao recurso à técnica de reprodução assistida heteróloga, para fim de constituição regular e legítima do vínculo de parentalidade-filiação;

2- assistência do Poder Público posteriormente à constituição do vínculo parenteral, durante a vida da pessoa, protegendo-a, inclusive quanto ao impedimento matrimonial a que ela possa se unir ao doador (ou aos parentes dele) no futuro.

A resolução nº. 1358/92, no âmbito dos requisitos formais da reprodução assistida heteróloga, tem apresentado regras que se tornaram costumeiras no campo da exigência da forma escrita do consentimento e dos registros das principais informações a respeito dos procedimentos médicos, das provas de material fecundante, e das pessoas envolvidas (o casal, a criança, e o doador).

A resolução 1.358/92 estabelece o limite de duas gestações de sexo diferente relativo a cada doador numa área de um milhão de habitantes. Exige também um acompanhamento das gestações com o registro dos nascimentos ocorridos, inclusive para o contínuo aperfeiçoamento das técnicas médicas utilizáveis e as preocupações a tomar (LANA; FIGUEIREDO, 2004).

A norma baixada pelo CFM não exclui desses avanços da Medicina a possibilidade de engravidamento, sem cópula carnal, de mulher solteira, desde que maior e capaz. Essa gravidez tanto poderá decorrer da introdução artificial de espermatozóides obtidos em banco de sêmen, como de fertilização in vitro em óvulo seu e seqüente implante. Assim tratando-se de mulher independente no registro de nascimento constará a normal filiação biológica materna em razão de parto ou cesária. Se o sêmen provier de banco o sigilo deverá ser mantido e o registro não constará o nome do genitor (LANA; FIGUEIREDO, 2004).

2.2-DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA

A questão que envolve o direito do filho conhecer sua identidade genética é muito delicada, pois mesmo possuindo um pai socioafetivo, muitas vezes a pessoa possui o desejo, ou até mesmo necessidade de conhecer sua origem, e assim poder buscar nos pais biológicos explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos.

Para Moreira Filho (2002), o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai.

Defendendo o direito á identidade genética, leciona Tycho Brahe Fernandes (2000): ao se negar à possibilidade de aforamento da ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, em inaceitável discriminação se está negando a ela o direito que é reconhecido a outra criança, nascida de relações sexuais.

No mesmo sentido posiciona-se Azevedo (1996), ao defender que o filho gerado através de uma das técnicas de reprodução assistida poderá, a qualquer tempo, investigar sua paternidade, devendo os responsáveis pelos dados do doador, fornece-los, em segredo de justiça.

Leite (1995) defende o anonimato do doador, afirmando que a pretendida alegação de que a criança tem direito a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica, matéria já ultrapassada no direito de filiação mais moderno, quando é sabido que atualmente a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível. Além desse argumento, outros são citados pelo autor, na defesa do sigilo do doador. Pode haver maior respeito à dignidade humana no não conhecimento da origem genética de alguém, do

que neste conhecimento. Defender o direito à ação de investigação de paternidade contra o doador do sêmen seria defender que todas as crianças adotadas tenham direito à buscar sua origem genética. O caos se instauraria, pois tendo um pai registral e conhecendo o pai biológico, de quem a criança herdaria ou demandaria alimentos ou mesmo adotaria o nome. O anonimato evita que, tanto o doador como a criança, procure estabelecer relações com vistas à obtenção de meras vantagens pecuniárias.

Na opinião de Silmara Juny de Abreu Quinelato e Almeida (apud Aldrovandi; França 2006), o direito à identidade genética não significa a desconstituição da paternidade sócia afetiva. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade sócia afetiva e a denominada desbiologização da paternidade. O filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode negar é o direito de personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame do tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.

Segundo Gama (2006), a maior parte dos textos legislativos em vigor, há a regra do anonimato, entretanto, em alguns países há previsão acerca de algumas exceções ao anonimato, ora para prevenir ou curar doenças genéticas, ora para reconhecer o interesse da pessoa gerada através da reprodução assistida em conhecer sua identidade biológica, mas sem qualquer atribuição de benefícios ou vantagens econômicas.

Está em tramitação um Projeto de Lei do Senado nº. 90/99, que dispõe sobre esse tema e que segue fielmente o texto da Resolução do CFM.

2.3-PROBLEMATICAIDADE DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação post mortem é a inseminação artificial de mulher mediante esperma congelado de seu falecido marido. O novo código civil do art.1597, III para solucionar a polemica passou a presumir concebido da constância do casamento filho oriundo da inseminação artificial homologa mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido, mas entendemos que só seria possível se houver a anuência do marido em instrumento publico ou testamento.

Desequilíbrio da estrutura básica do matrimonio por contrariá-lo no que atina ao pressuposto biológico da concepção que advém do ato sexual entre pai e mãe. A hetero inseminação usada para suprir a esterilidades do marido ou da mulher atenta as bases do matrimonio da família e da sociedade podendo trazer inconvenientes pela duvida em relação ao consentimento dado, se consciente ou obtido de forma fraudulenta.

A possibilidade do transexual ou homossexual pretender que companheiro obtenha filho por meio desta inseminação a criança gerada artificialmente devera ter direito a uma dupla genitorial e a uma convivência familiar que lhe garanta um desenvolvimento físico e psíquico logo, não se poderia admitir que casais homossexuais viessem a utilizar-se da reprodução assistida.

A impugnação da paternidade pelo marido pode conduzir o filho a uma paternidade incerta pela impossibilidade de se estabelecer devido ao segredo profissional medico e o anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher. O art. 1597, V do código civil fez com que prevalecesse o elemento institucional e não o biológico, mas para que isso seja possível deve ser especificado que o consentimento para inseminação artificial heteróloga seja por escrito e irrevogável privilegiando o superior interesse da criança (DINIZ, 2007).

A rejeição do filho em relação ao pai e vice versa ao descobrir a inexistência da paternidade alegada a inseminação artificial heterologa transforma-se numa agente de destruição familiar num perigo para o futuro do filho que ao saber de sua paternidade desconhecida e da falsidade de sua aparente situação familiar terá traumas perturbações em sua vida afetiva e complexos psicológicos.

Negação ao filho do direito a identidade genética, pois o doador ficará incógnito e apenas a equipe medica saberá da procedência do material fertilizante em razão de segredo profissional. O direito a origem genética não requer investigação da paternidade visto que a busca de dados para desvendar a historia da saúde físico psíquica de seus ascendentes biológicos, sem ter intenção de estabelecer o parentesco legal ou de pleitear direitos sucessórios ou pensão alimentícia do genitor biológico. Esse direito a identidade genética permite a adoção de medidas preventivas para a preservação da saúde da vida do que foi inseminado heterologamente. Paulo Luiz Neto Lobo, apud Diniz (2007), conclui que o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito a filiação, sua natureza é de direito da personalidade do que é titular cada ser humano.

O direito a origem genética (o direito da personalidade) da pessoa advinda de inseminação artificial é o de saber a historia da saúde de seus parentes consangüíneos para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental ou de evitar incesto logo não gera o direito a filiação nem o direito alimentar tão pouco o sucessório.

Perigo resultante do cumprimento da descendência verdadeira ocasionando pela possibilidade de incesto pela união de filhos do mesmo doador ou de filha do doador com ele mesmo. Evita-se isso, mediante a criação de mecanismo de controle governamental de doações de esperma feitas em bancos de sêmen ou centros de reprodução assistida é preciso

providenciar um cadastro contendo o doador e o receptor para impedir casamentos consanguíneos em face das conseqüências genéticas à descendência.

Utilização por mulher solteira, viúva, separada ou divorciada de sêmen de terceiro para comprometer homem com quem viva atribuindo - lhe responsabilidade pela gravidez ou para criar uma produção independente assumindo sozinha a educação da criança não há como reconhecer como regar o direito a reprodução de pessoa sozinha levando em conta especialmente o princípio do melhor interesse da futura criança que, privada do pai ou da mãe, se sujeitaria a estrutura familiar parcial tornando-se desigual em relação as demais pessoas desde o momento da concepção. A ausência de lei específica regulando os aspectos civis da reprodução assistida deve se considerar que o estado atual do direito brasileiro nº926396 no seu art. 3º autoriza a monoparentalidade na reprodução assistida, tal negativa pode ser objeto de demanda processual onde o juiz analisara o caso concreto.

Possibilidade de conflito de paternidade, pois a criança tem um pai jurídico e outro genético. A filiação sócio afetiva não poderá ser impugnada por investigação de paternidade fundada na origem embriológica é o consenso dos nossos magistrados.

Criação de uma espermateca o que viria estimular a organização de um armazenamento de sêmen para o atendimento de vários pedidos dando origem à efetivação de negócios lucrativos, como por exemplo, compra e venda de esperma, tráfego de agente criador de vida etc. - alguns países comercializam sêmen e óvulos como os EUA .

A utilização da técnica de transferência de citoplasma de uma doadora fértil para o óvulo da receptora no qual as crianças geradas carregam uma mistura de DNA de três adultos: do pai da mãe e da doadora do citoplasma. Esse procedimento pode gerar distúrbios cardíacos e neurológicos, cientistas criticam o processo de transferência de citoplasma pela alteração do material genético em razão do pouco conhecimento sob seus impactos, outros acreditam que

o procedimento pode evitar herança de certas doenças genéticas, apesar de que não há provas de que os benefícios deste tratamento são maiores que o risco. Juridicamente cria-se uma situação de conflito em relação a paternidade/maternidade, não existindo legislação específica.

Risco a saúde da doadora por submeter-se a desgastantes técnicas para a obtenção do gameta feminino e um forte tratamento hormonal para provocar super-ovulação. Os hormônios ingeridos poderão acarretar alterações cromossômicas que constituirão por sua vez causas de problemas congênitos ou malformações.

Possibilidade do uso de técnicas para criação de homens programados ou embrião geneticamente superior ou com caracteres geneticamente pré determinado. O conselho federal de medicina considerou antiética essa seleção. Experimentações com embriões humanos para consecução de fins alheios a procriação alterando seus caracteres genéticos, por exemplo, para obter uma reprogramação celular para engenharia genética. Uso de embriões humanos para cosmetologia ou para fabricação de armas biológicas de extermínio. Formações de embriões idênticos por meio de processos químicos. Transplante de embrião humano para útero de outras espécies. Obtenção de ser humano sem conexão com a sexualidade mediante fissão gemelar partenogênese e clonagem por serem praticas contrarias a moral e o direito constituindo uma afronta a dignidade humana. Seleção de embrião para ser após seu nascimento doador de órgão ou tecido para cura de outrem. Responsabilidade civil e penal medico e hospitalar por danos morais e patrimoniais decorrentes do defeito apresentado pelo material fertilizante utilizado, provocação de retardamento mental ou de qualquer anomalia física na criança, transmissão de AIDS por negligencia dos exames feitos ao doador, falhas de equipamento, erro de auxiliar (DINIZ, 2007).

CONCLUSÃO

A lógica tradicional da adoção procura reproduzir nas famílias adotantes semelhanças fenotípicas. As tecnologias conceptivas heterólogas fazem parte do mesmo pressuposto. E ainda como na adoção, em que grande parte das famílias opta pelo segredo da origem genética das crianças adotadas, os casais que se submetem à adoção heteróloga de gametas também prefere o sigilo. Esse silêncio quanto às origens genéticas no campo das tecnologias conceptivas, vem sendo intensamente discutido nos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro, haja vista que para muitas pessoas, ter conhecimento e acesso ao doador de gametas é um direito fundamental que não pode ser ignorado, ao passo que, para os praticantes da medicina reprodutiva, essa quebra de sigilo desestimularia o próprio ato da adoção pelos riscos jurídicos futuros. Alguns países europeus reconheceram a tal ponto a importância das origens genéticas para a constituição da identidade das pessoas que regulamentaram em lei a proibição da adoção anônima.

Na verdade, o anonimato da adoção de gametas ou mera possibilidade da adoção heteróloga de gametas é por si só um problema moral para inúmeras culturas: para as tradições cristãs, configura-se adultério, para as tradições hindus, uma impureza para o sistema de casta, para as tradições mulçumanas, um crime religioso.

Atualmente, no Brasil, não temos nenhuma lei que ampara e regula a reprodução humana artificialmente assistida. Portanto, a carência de legislação específica faz com que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, explorada e consentida, sem que nenhum controle governamental se faça valer.

Atualmente a única que possuímos vem do Conselho Federal de Medicina que, em 1992, através da resolução 1358, adotou normas éticas, como dispositivo deontológico, no

que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com reprodução humana, mas não possui força de lei.

A nova lei de Biossegurança, lei nº 11.105, de 24/03/2005 permite a utilização de células tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro para fins de pesquisa e terapia desde que sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos. Penaliza ainda a prática de engenharia genética em células germinais humana, zigoto humano ou embriões e clonagem respectivamente, em seus artigos 25 e 26. No entanto ela é omissa em relação ao controle dos bancos de sêmen.

Há necessidade de regulamentação dos centros médicos especializados em reprodução assistida, que deverão ser autorizados e fiscalizados por órgãos competentes governamentais. Obrigatoriedade de registro do nome das partes, do número de óvulos fertilizados e congelados, descartados, implantados, das provas diagnósticas a que foi submetido o material biológico humano utilizado, indicando o responsável por ele e especificando o local em que deve ser guardado. O material genético de cada doador não poderá ser usado para mais de uma inseminação artificial.

Faz-se necessário à criação de um Código de Ética Médica para controlar o emprego de técnicas concepcionais na coleta e distribuição de material fertilizante e na manipulação de embriões, fixando os limites da embriologia e da engenharia genética, sob fiscalização do Ministério da Saúde e de um conselho interdisciplinar. .

Os profissionais responsáveis pelo procedimento médico devem informar, em caráter sigiloso, ao Oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais onde for registrado o nascimento da criança, a origem não sanguínea do parentesco de um (ou ambos) dos pais em relação à criança, além dos dados necessários à identificação do doador do material fecundante por força das disposições relacionadas à assistência que o Poder Público deve prestar à

reprodução assistida heteróloga. Tais informações devem ser registradas em livros ou apontamentos reservados, a exemplo do que ocorre na adoção, sem possibilidade de fornecimento de certidão (salvo em caso de decisão judicial). Atualmente, este processo está relegado à responsabilidade das clínicas podendo se perder no decurso do tempo.

Proibição da manipulação genética de células germinativas humanas, para atender a finalidades eugênicas e cosmológicas. Devem-se vedar práticas que impeçam, ou violem a vida, a integridade físico-química e a dignidade humana. Deve-se coibir à inseminação heteróloga, a fertilização in vitro, a gestação em útero alheio, a fissão gemelar, a clonagem e a partenogênese.

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução assistida, prevalecerá o princípio de que tudo que não é proibido está permitida, deixando os cientistas na área biomédica com grandes possibilidades de ação na área de embriologia e de engenharia genética. Impõe-se o estabelecimento de normas que garantam o respeito aos valores biológicos da natureza, do homem e da vida social.

Diante de revolução biogenética há necessidade de um novo estatuto jurídico penal voltado à criminalidade genética, criando novos crimes ligados aos abusos que poderão advir do avanço e do impacto das ciências biomédicas, provocadas pela engenharia genética e pela reprodução assistida, para resguardar a dignidade humana, a integridade e identidade genética, como também impor limites à liberdade de investigação científica, punindo os crimes de manipulação genética e de manipulação ginecológica-obstétrica.

Não vamos negar a necessidade de a ciência evoluir, na tentativa de dar ao homem, cada vez mais sofrido e angustiado, a perspectiva de dias melhores, no entanto é necessário que se tenha controle dessas práticas, iniciando com a regulamentação dos bancos de sêmen.

REFERÊNCIAS:

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Daniela Galvão. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 07 nov. 2006

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Quinelato. **Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos**. Tese de Livre Docência em Direito Civil da Faculdade de Direito. USP. São Paulo, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, direito e reprodução humana assistida**. Brasília:: Revista da Ordem dos Advogados, v.. 24, p. 45-52, 1996.

CHAVES, Antonio. **Direito a vida e ao próprio corpo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CORREA, Marilena V. **Novas tecnologias reprodutivas: doação de óvulos. O que pode ser novo nesse Campo?** Cad. Saúde Pública, v.16, n.3, Rio de Janeiro, jul./ set. 2000.

DINIZ, Débora. **O impacto das tecnologias conceptivas nas relações parentais**. Série Anis, Brasília: Letras Livres, v. 24, p. 1-5, abr., 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 881 p.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito da família e do direito das sucessões**. Florianópolis. Ed. Diploma Legal, 2000, 85 p.

FIGUEIREDO, Antonio M.; SOUZA, Soraia R.G.; **Como Elaborar Projetos, Monografias, Dissertações e Teses: da redação científica à apresentação do texto final**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, 581 p.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 6ª edição, São Paulo: Fundação BYK, 1994, 599 p.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro**: uma nova problemática. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=1850>>. Acesso em: 07 nov. 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Tese de Doutorado. UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 1040 p.

GROSSI, Miriam, PORTO, Roseli; TAMANINI, Marlene (org.). **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios**. Brasília: Letras Livres, 2003, 196 p.

LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antonio Macena (Coord.). **Temas de Direito Médico**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, 581 p.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, 371 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito a origem genética**: uma distinção necessária. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>> Acesso em 10 jul.2007.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: “mãe de aluguel”. Curitiba: Gênese, 1998,

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navegandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito a identidade genética** . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em: 13 jul. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2 v, 1996.

PALUDO, Anison Carolina. **Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas éticos-jurídicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2333>>. Acesso em 07 nov.2006.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007, 192 p.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica, Civil, Criminal e Ética**. 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 450 p.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, 355 p.

SILVA FILHO, Artur Marques. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, 537 p.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, v. 11, n.132, p.401-418, 1978.