

O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS E A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

ANA AMÉLIA RIBEIRO SALES

Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direitos Humanos. Autora de diversos artigos jurídicos publicados em obras coletivas e revistas especializadas, no Brasil e em Portugal. Universidade de Coimbra. E-mail: ana_amelia@live.ie

Resumo

O desenvolvimento da biotecnologia tem causado significativas transformações no Direito Civil. Nomeadamente a descoberta do DNA, que permite identificar com precisão progenitor, e o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, que permitem a doação de gametas para casais inférteis, demandaram do Direito uma releitura acerca da definição dos conceitos de parentalidade. Associado a esse contexto, a importância cada vez maior que os direitos de personalidade adquiriram na sociedade atual revelaram a existência de um direito ao conhecimento das origens genéticas.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Filiação. Conhecimento das origens genéticas. Afetividade.

THE RIGHT TO KNOW AND THE GENETIC ORIGINS OF MEDICALLY ASSISTED PROCREATION

Abstract

The development of biotechnology has caused significant changes in Civil Law. Particularly, the discovery of DNA, able to accurately identify parentage, and the development of human assisted reproduction, which allows the donation of gametes for infertile couples, demanded a re-reading about the definitions of parenthood. In this context, the increasing importance of the rights of the person revealed the existence of the right to knowledge of genetic origins.

Key-words: Human Assisted Reproduction. Filiation. Right to knowledge of genetic origins. Affection

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família foi objeto de grandes transformações que começaram a avultar desde o início do século XX (PEREIRA, 2004). O abandono de velhos mitos e a adoção de novos paradigmas resultaram em discussões acerca de diversos temas: reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, divórcio, união estável, valorização das relações afetivas (paternidade/maternidade afetiva, uniões entre pessoas do mesmo sexo), guarda compartilhada, dentre outras conquistas. MARY ANN GLENDON destaca que essas transformações foram pautadas nas ideias de liberdade individual, igualdade, direito das mulheres e direitos humanos, ressaltando ainda que: “In the future, advances in biotechnology and genetic science seem likely to have equally far-reaching effects on family relations and family law” (GLENDON, 2006, p. 3)¹.

Podemos observar, que o que fora preconizado por Mary Ann Glendon (2006), já está a acontecer. A ciência médica avançou a saltos enormes e, atualmente, dá origem a questões que suscitam uma resposta do Direito. Questões relativas à reprodução assistida, ao conhecimento das origens genéticas, à escolha das características do embrião, ao consentimento informado, dentre outras, que têm sua origem no desenvolvimento da ciência médica, geram reflexos substanciais no Direito e nas relações familiares.

O Direito de Família continua, portanto, sobre intensa e célere transformação, principalmente, no tocante aos

temas relacionados à biomedicina, em virtude da constante e veloz evolução desta Ciência. Assim, os temas que constituem objeto de estudo do direito biomédico e que, por vezes, geram implicações no direito de família, são aqueles que urgem maior atenção dos juristas na atualidade, para que sejam encontradas soluções para situações emergentes e sejam traçados limites pautados pela ética e dignidade humana.

Nesse contexto, o estudo da genética humana e o desenvolvimento de técnicas de procriação medicamente assistidas – PMA – merecem especial destaque porque são práticas que se tornaram frequentes para a solução de casos de infertilidade² ou de pessoa que queira desenvolver a maternidade sozinha³. Essas situações, geram discussões jurídicas na medida em que o filho gerado a partir de uma reprodução (que não chamaremos de artificial⁴, mas sim, assistida) invoca o direito de saber sobre sua origem genealógica, e, por outro lado, o doador do gameta é resguardado pelo direito de anonimato. Tem-se suscitado uma regulamentação jurídica para a solução desses conflitos de direitos que envolvem a liberdade, a proteção da identidade, a intimidade e a vida privada de cada sujeito em questão.

O conhecimento das origens genéticas daquele que foi gerado a partir de uma procriação medicamente assistida, a saber, de uma inseminação heteróloga, é um tema que toma ares de Direitos Humanos (porque toca questões referentes à dignidade do homem e ao conhecimento sobre si próprio), de Direito Constitucional (na medida em que o seu reconhecimento e efetivação

1 “No futuro, avanços na biotecnologia e na ciência genética parecem susceptíveis de ter igualmente efeitos de longo alcance sobre as relações de família e direito da família.” (Tradução nossa)

2 Os casos de infertilidade são extremamente significativos atingindo, em Portugal, cerca de 120 mil casais, ou seja, o equivalente a 9% ou 10% da população portuguesa, dentre os quais 100 mil têm solução através do tratamento médico e das técnicas de reprodução medicamente assistida. Esta estatística ainda tende a aumentar devido à idade tardia com que os casais decidem ser pais (por razões económicas) e também pelos hábitos culturais desfavoráveis, de acordo com os dados publicados pela Associação Portuguesa de Fertilidade, com referência ao estudo AFRODITE, realizado na Faculdade de Medicina da Universidade do Porto (FMUP), em 2009.

3 O Direito da mulher solteira recorrer às técnicas de reprodução assistida já foi questionado por alguns autores que afirmavam contrariar o princípio fundador da Procriação Assistida, qual seja o da solidariedade entre casais (LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 335 e 336). Entretanto, no Direito Brasileiro, a mulher solteira ou viúva pode recorrer às técnicas de reprodução assistida, sendo amparada pela Constituição Federal que proíbe discriminações de qualquer natureza (art. 3, IV), reconhece as famílias monoparentais (art. 226, § 4º), garante o livre planejamento familiar (art. 226, 7º) e, ainda, garante o direito à saúde (art. 196) – que também pode ser invocado, tendo em vista que o uso dos métodos de reprodução assistida deve ser incluído no conceito de saúde. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 394 e 395.

4 MARIA HELENA MACHADO explica que o adjetivo “artificial”, que também deriva do latim, “artificialis” significa “feito com arte”, resultou do substantivo “artificium”, palavra que serve para designar atividades entendidas como arte, técnica, habilidade, e outras no mesmo sentido. (MACHADO, Maria Helena. Reprodução humana assistida – Controvérsias éticas e jurídicas. Curitiba: Juruá, 2008. p. 32.) Entretanto, GUILHERME DE OLIVEIRA ressalta que caracterizar a reprodução feita com assistência médica como ‘reprodução artificial’ pode gerar um sentido depreciativo, em razão do significado atual do adjetivo, sendo melhor denominá-la reprodução assistida; ainda mais considerando-se que não há a fusão de gametas artificiais, nem a existência de uma gestação artificial, nem a origem de um embrião artificial, sendo um filho absolutamente natural. OLIVEIRA, GUILHERME DE. Legislar sobre procriação assistida. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência, 127º ano, 1994-1995, n. 3838-3849. p. 74. De acordo com os entendimentos médicos, o melhor termo para definir a chamada reprodução assistida é interferência, para deixar claro que não se trata de métodos puramente artificiais, porque mesmo quando as técnicas consistem no manuseio de gametas, elas não deixam de ser naturais, apenas não ocorre o intercuro sexual. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução... ob. cit. p. 393.

são uma das formas de concretização de vários direitos constitucionalmente garantidos pelo ordenamento jurídico português e brasileiro⁵), e também de Direito de Família pela influência que pode gerar nas relações familiares: pela confusão que, a princípio, pode causar na determinação do vínculo de filiação⁶, e, por suscitar questões de interferência dos pais na vida privada e na intimidade do filho a ponto de não dar-lhe conhecimento sobre suas próprias origens genealógicas – configurando-se, portanto, uma matéria interdisciplinar e de importância subjacente.

Dessa forma, abordaremos neste estudo, os contornos jurídicos do direito ao conhecimento das origens genéticas. Como esse direito é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e português, quais as suas características e implicações, e, como se dá a distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito de conhecer a genealogia biológica. Também vamos destacar o tratamento jurídico da questão dado pelo Reino Unido, onde houve uma mudança radical na regulamentação das técnicas de reprodução humana, com consequências significativas para o reconhecimento do direito ao conhecimento das origens genéticas.

2 CARACTERIZAÇÃO E RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

Antes de caracterizar o direito ao conhecimento das origens genéticas como um direito de personalidade, para posteriormente abordar como se dá o reconhecimento desse direito pelos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, temos que conceituar o termo origem genética, delimitando o alcance da expressão.

A conceituação relevante para o presente estudo é aquela que atribui ao termo origem genética o sentido identidade genética⁷ (bases biológicas de identidade), sendo, sinônimo de individualidade genética (LOUREIRO, 2000, p. 288 - 289). Nesse sentido, o direito ao conhecimento das origens genéticas representaria a

busca pelo conjunto de dados relativos à proveniência biológica de alguém, um direito de conhecer tal grupo de informações (ALMEIDA, 2009). É um direito que decorre da necessidade de cada indivíduo em saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida (LOBO, 2004).

Segundo Capelo de Sousa, o bem da identidade reside na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está pois ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade (SOUSA, 1995).

Nesse sentido, podemos configurar as origens genéticas como uma faceta do direito de identidade na medida em que significa um conhecimento sobre si mesmo, sobre sua saúde, sua estrutura genética, um direito ao autoconhecimento, ao conhecimento de dados genéticos próprios concernentes somente a si, identificando-se, portanto, como um direito da personalidade.

Fazendo uma breve abordagem sobre direitos da personalidade, cabe dizer que são aqueles inerentes e inatos à pessoa, concernentes em seu âmbito individual e personalíssimo (LOBO, 2004, p. 526). Numa conceituação de Diogo de Leite Campos (1995, p. 11-12) os direitos da personalidade, em sentido estrito, são aqueles que visam à proteção da pessoa em si mesma, como autônoma e criadora de si própria, sendo, direitos contra os outros e contra o Estado; em sentido lato, seriam aqueles que compreendem a atividade de interrelacionamento da pessoa, o direito a receber dos outros o necessário à existência.

Dessa forma, o conhecimento das origens genéticas se identifica tanto na conceituação em sentido restrito (porque busca a proteção da autonomia no autoconhecimento da própria pessoa) quanto na conceituação em sentido lato (já que visa obter dos outros – seja do Estado, dos pais ou do próprio progenitor biológico – informações necessárias a este autoconhecimento) tendo, portanto, a natureza jurídica de direito da personalidade. Destaca-se que, o direito ao conhecimento das origens genéticas não se confunde, no entanto, com o direito ao estado de filiação, o qual possui a natureza jurídica de

⁵ A Constituição Federal Brasileira garante o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), à intimidade (art. 5º, X), à informação (art. 5º, XIV), e o direito à proteção a saúde (art. 196). A Constituição da República portuguesa, além de garantir a dignidade da pessoa humana (art. 1º), o direito à informação (art. 37) e direito de proteção à saúde (art. 64), reconhece expressamente o direito à identidade pessoal no art. 26, n.º 1 e à identidade genética (art. 26, n.º3).

⁶ Destacamos que apenas em princípio o direito ao conhecimento das origens genéticas poderia causar confusão com relação à determinação do vínculo de filiação porque, conforme descreveremos ao longo do texto, há uma distinção necessária que se deve fazer entre direito ao estado de filiação e direito ao conhecimento da ascendência biológica.

⁷ Existem outras acepções ao termo identidade genética, como aquela trazida por JOÃO CARLOS GONÇALVES LOUREIRO, a qual refere-se a dois ou mais indivíduos com a mesma constituição genética, o que é relevante para o estudo dos casos de gêmeos monozigóticos e de clones, não sendo sua aplicação plausível no presente estudo.

direito de família, sendo por isso que suas normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram (LOBO, 2004, p. 523), conforme abordaremos no tópico de número 3.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves exaltam ainda que entre o direito ao conhecimento das origens genéticas e os direitos da personalidade há perfeita correspondência, na medida em que aquele preenche todas as características destes. São, portanto, necessários, já que toda a matéria viva é regida, biologicamente, pelas informações de seus genes; vitalícios, pois, as características genéticas são informações vitais para o desenvolvimento da vida humana e acompanham a pessoa no curso de sua vida; indisponíveis e intransmissíveis, tendo em vista que a sua disposição ou transmissão implicaria na cessação da vida de seu titular; e, por fim, extrapatrimoniais, devido à impossibilidade de avaliação econômica, e, por isso, considerados bens fora de comércio (SÁ; NEVES, 2009, p. 188).

Conforme explica Giesen citado por Guilherme de Oliveira (2003), a negação sistemática da possibilidade de conhecer a progenitura significa uma diminuição de um aspecto basilar da tutela geral da personalidade; sem ele o filho torna-se objeto de uma decisão a que fica alheio (OLIVEIRA, 2003, p.498).

Em relação ao reconhecimento jurídico desse direito de personalidade pelos ordenamentos em questão, a saber, o brasileiro e o português, temos que a Constituição desses países não consagra expressamente o direito ao conhecimento das origens biológicas. No entanto, ele pode ser inferido de preceitos constitucionais genéricos, concernentes, sobretudo, aos direitos fundamentais, dentre os quais destacamos: a dignidade humana⁸, o direito à integridade pessoal⁹, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁰, e, ainda o direito à saúde¹¹.

O direito de saúde pode ser invocado na busca da progenitura biológica na medida em que o conhecimento das origens genéticas dá ao seu titular a prerrogativa de conhecer, por exemplo, se tem ou não predisposição para sofrer de certas debilidades físicas e mentais – como hipertensão arterial e diabetes (ALMEIDA; EDSON JÚNIOR, 2009). Há,

portanto, uma necessidade vital e crescente de obter dados da história genética para fins de diagnóstico e correção de anomalias hereditárias (OLIVEIRA, 2003, p. 499). Conforme aponta Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p.524):

o objeto de tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo de saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida.

Além do conhecimento da ascendência genética para fins de prevenção de doenças hereditárias e proteção do direito de saúde, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade também vem corroborar com o direito de conhecer as origens genéticas porque o desconhecimento da verdade biológica pode gerar uma crise de identidade por ignorância da raiz genética (OLIVEIRA, 2003, p. 499). No mesmo sentido, o direito à integridade consubstancia o direito do filho a saber sua ascendência genética, pois, uma mentira duradoura pode gerar graves conflitos e danos de caráter psicológico (OLIVEIRA, 2003, p. 497).

Podemos também dizer que o conhecimento das origens genéticas construiu-se a partir do princípio constitucional da intimidade, dando origem a um novo direito, o direito à intimidade genética que pode ser definido como o direito de determinar as condições de acesso à informação genética (SÁ; NAVES, 2009, p.176). Assim, esse direito à intimidade genética paralelo à integridade moral também fundamentam o acesso ao conhecimento progenitura biológica.

Por fim, sendo que todos esses direitos (saúde, integridade, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade) são facetas, aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana, esse princípio é invocado como o último e máximo motivo de justificação do direito ao conhecimento das origens genéticas.

Cabe destacar, ainda, que Portugal traz expresso em seu texto constitucional o reconhecimento do direito à identidade pessoal (art. 26, n. 1) e à garantia, através de

8 A dignidade da pessoa humana é assegurada pelo art. 1o da Constituição da República Portuguesa e pelo art. 1o, III da Constituição Federal Brasileira.

9 O direito à integridade pessoal consta do art. 25 da Constituição da República Portuguesa e pelo art. 5o, III e X Constituição Federal Brasileira.

10 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade é reconhecido pela Constituição da República Portuguesa no art. 26, n 1. Apesar da Constituição Federal Brasileira não prever expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, este pode ser inferido em decorrência da garantida da dignidade da pessoa humana e da tutela do direito à liberdade em geral.

11 O direito de proteção à saúde está no art. 54 da Constituição da República Portuguesa e no art. 196 Constituição Federal Brasileira.

lei, da identidade genética do ser humano (art. 26, n. 3).

Para Loureiro (2000), o conceito de identidade pessoal remete à identidade biológica, ao código genético do indivíduo, ou seja, à biografia de cada ser humano. Rafael Reis (2008) revela que de acordo com os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira o art. 26, 1 da Constituição Portuguesa tem o sentido de garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível, abrangendo um direito à 'historicidade pessoal' (REIS, 2008). Nesse sentido, o reconhecimento do direito à identidade pessoal engloba o direito ao conhecimento das origens genéticas.

Da mesma forma, o direito ao conhecimento das origens genéticas também estaria incluso no direito à identidade genética do ser humano (art.26, 3) na medida em que uma das acepções¹² deste corresponde ao genoma de cada ser humano, às bases biológicas de sua identidade (LOUREIRO, 2000, p.288). Entretanto, há autores como Rafael Reis (2008), que consideram que o direito à identidade genética não constitui o fundamento constitucional do direito ao conhecimento das origens genéticas por não existir equivalência material entre os valores tutelados; cabendo o reconhecimento desse direito no âmbito constitucional apenas ao reconhecimento do direito à identidade pessoal (REIS, 2008).

De qualquer forma, além dos fundamentos genéricos que fundamentam o direito ao conhecimento das origens genéticas no Brasil, encontramos na Constituição Portuguesa outros dispositivos que reforçam esse direito: a garantia da identidade genética e o direito à identidade pessoal, ou apenas este último.

Internacionalmente, temos a Convenção sobre os Direitos da Criança (United Nations Convention on the Right of the Child) de 20/11/90, ratificada pelo Brasil¹³ e por Portugal¹⁴, que garante no artigo 7o, n.o 1 que a criança, sempre que possível, deve ter o direito de conhecer seu pai ou sua mãe. Ainda, o n.o 2 do mesmo

artigo, dispõe que os Estados membros devem garantir a implementação desses direitos de acordo com a respectiva lei nacional e com suas obrigações sob os instrumentos internacionais relevantes neste domínio (tradução nossa)¹⁵. Este documento, impõe que os países signatários, através de leis nacionais, garantam os direitos das crianças assumidos neste e em outros diplomas internacionais, determinando ainda que, a criança seja prioritariamente criada pelo pai/mãe biológicos e quando isso não ocorrer, que tenha conhecimento de quem sejam estes, sempre que possível. Cabe ressaltar ainda que, a Convenção sobre os Direitos da Criança também consagrou o princípio do melhor interesse da criança¹⁶, o que significou um verdadeiro giro de Copérnico nas relações pais-filhos (LOBO, 2004).

Assim, o conhecimento das origens genéticas se caracteriza como um direito fundamental e individual de personalidade, legalmente assegurado, seja pela interpretação extensiva de outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados, seja pela ratificação de documentos internacionais.

3 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO E DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

A questão que se torna imprescindível para o desenvolvimento deste estudo é a distinção entre direito ao conhecimento das origens genéticas e direito ao estado de filiação.

Conforme explicita Mary Ann Glendon (2006) o conceito de filiação/parentalidade foi posto em questão, estando de diante de incertezas substanciais com o advento de novas tecnologias de reprodução humana, especialmente a inseminação 'artificial', a fertilização *in vitro* (geralmente com ovos ou espermatozoides doados por um terceiro) e a transferência embrionária.

¹² O direito à identidade genética, possui outros sentidos atribuídos pela doutrina, por exemplo: para referir que dois ou mais seres têm a mesma constituição genética, como no caso de gêmeos monozigóticos e clones LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à Identidade... ob. cit. p. 288.

¹³ A Convenção sobre os Direitos da Criança passou a ter força de lei no Brasil com a sua aprovação pelo Decreto Legislativo n.o 28, de 24/09/1990 e promulgação pelo Decreto Executivo n.o 99.710, de 21/11/1990.

¹⁴ Em Portugal, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.o 20/90 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.o 49/90.

¹⁵ United Nations Convention on the Right of the Child of 20 Nov. 1989 - Article 7: "1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents. 2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless."

¹⁶ United Nations Convention on the Right of the Child of 20 Nov. 1989 - Article 3: "1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration." (grifo nosso)

O desenvolvimento dessas novas técnicas de reprodução assistida e a possibilidade de determinação do vínculo biológico de paternidade através do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade têm gerado, inicialmente, uma confusão entre o direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito à filiação, que, na verdade, são duas realidades jurídicas e sociais diversas. Conforme dito por Guilherme de Oliveira, a prática da Procriação Medicamente Assistida com recursos a doadores de gametas veio a suscitar um novo domínio que levou à dissociação entre a progenitura e a parentalidade jurídica (OLIVEIRA, 2006, p. 157).

Para abordar este aspecto cabe a lição de Lobo (2004, p.507) ao explicar que, filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica, configurando-se num conceito, essencialmente, relacional (uma relação que se estabelece entre duas pessoas, em que uma é considerada filha/o da outra). Essa possível dissociação entre parentalidade e ascendência genética (filiação não biológica) se deve ao fato de que o conceito de família vem sendo constantemente transformado e nos dias atuais está fundado, primordialmente, no afeto. A parentalidade passou a ser definida, não só pelos vínculos biológicos, mas também pela posse do estado de filho, que leva em conta três elementos: o uso do nome, o tratamento dado e o reconhecimento público daquele que desempenha as atribuições sociais inerentes aos papéis de pai e de mãe (BRUNO, 2004, p. 462-463).

Conforme explicitado por HELOISA HELENA BARBOZA, a Psicologia demonstra que 'pai' é antes de tudo o representante de uma função, e a criança humana/o filho não é o produto da carne de seus progenitores, nem de seu desejo de filhos, ou de proezas biotecnológicas desenvolvidas nos procedimentos médicos de procriação assistida, mas é instituída como 'filho de...' pelo Direito (BARBOZA, 2002, p.381-382). Aquele que doa os gametas o faz com objetivo altruístico¹⁷, mas não possui a intenção ou desejo de exercer a paternidade/maternidade. Ele é o interveniente responsável e utilíssimo que age na expectativa legítima de jamais ser reconhecido

socialmente como o 'pater', ou mesmo como simples genitor (OLIVEIRA, 2003). Entre o doador do gameta e aquele que será gerado a partir de uma PMA não haverá o vínculo constitutivo da paternidade, o afeto. O afeto e, conseqüentemente, a parentalidade partem inicialmente do 'pai de criação'. É ele quem entrega carinho e cuidados ao bebê, um ser ainda inconsciente no qual começa a ser desenvolvido a noção de parentalidade e família. Aquele que virá a nascer de uma PMA não receberá os cuidados parentais do seu progenitor biológico. Estes virão de outra pessoa: do pai/mãe afetivo(a). É com este último que o filho gerado a partir de uma PMA terá o vínculo de afeto e a relação de parentalidade constituídos. E o Direito reforça esta posse do estado de filiação, reconhecendo a paternidade/maternidade socioafetiva em razão da convivência familiar que se estabeleceu na prática.

O legislador brasileiro, corrobora a ideia de paternidade socioafetiva e esvazia o conteúdo biológico da filiação, por exemplo, no artigo 1597, V do Código Civil. De acordo com este artigo e seu inciso V, em hipóteses de procriação assistida, os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga são filhos do marido. Dessa forma, temos que a própria lei admite que "a verdade biológica não abriga o desenvolvimento do sistema de filiação, estando fundada em valores que atendam aos interesses do filho e da família no seu sentido mais amplo" (MEIRELLES, 2002, p. 398).

Encontramos na legislação portuguesa dispositivo similar, nomeadamente, o artigo 20 da Lei 32/2006, de 26 de Julho, o qual determina que, se a inseminação vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele que vivendo em união de fato com a mulher inseminada tenha dado seu consentimento para a inseminação. O legislador português deixa bem claro que a filiação não está atrelada à ascendência biológica também no n.º 2 do artigo 10º ao dispor que os doadores de espermatozoides, ovócitos ou embriões não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer. Corroborando, enfaticamente essa questão, para que não haja qualquer dúvida, o art. 21, no mesmo sentido, dispõe que o doador do sêmen não pode ser havido

¹⁷ Conforme destaca Guilherme de Oliveira, a doação de esperma pode ser gratuita ou onerosa, dependendo do país em que é realizada. Na França, por exemplo, o sistema é gratuito; já nos Estados Unidos o fornecedor do gameta recebe uma quantia variável pelo produto de entrega, sendo chamado inclusive de 'vendedor de esperma', configurando-se um contrato envolvendo obrigações acessórias: o doador deve informar sobre condições físicas e genéticas e renunciar a todos os direitos sobre um eventual filho em troca do pagamento e da garantia de anonimato. OLIVEIRA, Guilherme de. Critério Jurídico... ob. cit. p. 500. Entretanto, essa associação entre direito das obrigações/contrato e doação de gametas não nos parece uma ideia plausível na medida em que podemos dizer, em última análise, que esta a se negociar 'vidas', transformando a existência de uma futura vida humana em objeto contratual, além de ser comercializada parte do corpo humano vivo, na concretização do temido 'mercado humano'. No Brasil a doação de gametas deve ser gratuita, não podendo ter caráter lucrativo ou comercial conforme dispõe o n.º IV, 1 da Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Em Portugal a regra também é a da doação gratuita de gametas, de acordo com o artigo 18 da Lei 32/2006, de 26 de Julho que proíbe a compra ou venda de óvulos, sêmen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

No entanto, cabe destacar que a parentalidade (socioafetiva) constituída não obsta o direito ao conhecimento da origem genealógica por parte do filho, o seu direito à intimidade genética. Ressalta-se que, o direito ao conhecimento das origens genéticas (cuja titularidade é do filho) e o direito ao estado de paternidade (cuja titularidade é dos pais socioafetivos) são direitos paralelos e não conflitantes. Imprescindível se faz observar que, os pais não podem impedir que o filho alcance o seu direito de conhecer as origens genéticas porque não possuem justificativa jurídica que os legitimem para isso, tendo em vista que a sua parentalidade não será desconstituída em razão do conhecimento da ascendência biológica do filho. O dever de vigilância dos pais não pode invadir o direito a intimidade (no caso o direito à intimidade genética) do filho¹⁸.

Como o direito ao conhecimento das origens genéticas não leva à constituição de um novo estado de filiação, não se incompatibiliza com a parentalidade já existente. O estado de filiação e o conhecimento das origens genéticas são direitos distintos.

O direito ao conhecimento das origens genéticas é um direito que não é conexo com a parentalidade, sendo a busca tão somente das características genéticas da pessoa. Tem natureza de direito da personalidade, por ser a busca da identificação do próprio ser, da história genealógica da própria pessoa, e, muitas vezes não leva à identificação do ascendente biológico (nome, residência, profissão, etc.), mas tão somente o conhecimento dos dados genéticos (por exemplo: idade, características físicas, predisposição para alguma doença hereditária, etc).

Já o direito ao estado de filiação tem natureza jurídica de direito de família já que estabelece um vínculo de

parentesco, fundado, primordialmente¹⁹, no afeto, e gera direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos.

A distinção entre esses dois direitos implica, inclusive, em consequências processuais, no sentido de que a ação que pretenda constituir o estado de filiação (investigação de paternidade), mesmo que fundada na filiação biológica, deve ser intentada nas varas de família, ou no caso de Portugal, diretamente nos tribunais de família. Já o pleito que tem por objetivo a busca dos dados genéticos daquele que foi gerado a partir de uma reprodução assistida, tem fundamento no direito de personalidade de conhecer as origens genéticas e deve ser intentado na vara civil, já que os direitos da personalidade são tutelados, primordialmente, pelo Direito Civil²⁰.

4 O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS E O ANONIMATO DO DOADOR

Superada a discussão da existência de um direito ao conhecimento das origens genéticas, constituído num direito de personalidade, fundado na dignidade humana, e, substrato da identidade pessoal; explícita a dissociação que se deve fazer entre direito ao estado de filiação e direito ao conhecimento das origens genéticas; e, posto que os pais afetivos não poderiam legitimamente obstar o direito do filho em conhecer sua ascendência biológica – tendo em vista que esta não confronta com a paternidade daqueles – a problemática que se coloca agora é um conflito de direitos: de um lado o direito da pessoa em conhecer as suas origens genéticas e do outro o direito de anonimato do doador.

No Brasil, não existe lei específica que regulamenta a questão do anonimato do doador. O anonimato é recomendado pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1957/10²¹ que, no entanto, tem caráter

¹⁸ Conforme leciona ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA o dever fundamental de vigilância dos pais está associado às ideias de deveres de limitar e corrigir, que são efeitos da vigilância. O dever de vigilância se traduziria, assim, num controle e censura em relação aos filhos, o qual só seria lícito se executados no interesse da educação do filho, no respeito à sua dignidade, do seu bem-estar, ou seja, quando contribuísse para interesse do filho, sem obstar o livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação do filho. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 199 a 202. Nesse sentido, o direito de vigilância dos pais não tem o condão de impedir ou limitar o direito do filho em conhecer suas origens genéticas, pois, isso se constituiria numa violação do direito à intimidade e supressão da autonomia do filho, que seria reduzido a mero objeto da decisão dos pais.

¹⁹ Dizemos primordialmente porque nas ações de investigação de paternidade é estabelecida a paternidade em razão da vinculação biológica entre pai e filho mesmo que entre eles não haja a existência do vínculo afetivo.

²⁰ Corroborando este entendimento, PAULO LUIZ NETTO LOBO afirma que é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade com a finalidade de conhecer os dados genéticos do doador de sêmen. LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação... p. 525.

²¹ A Resolução nº 1957/10 do Conselho Federal de Medicina dispõe no n. IV: “2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 - 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.”

deontológico, ou seja, é um dispositivo que se destina exclusivamente aos médicos (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p.96), servindo de aplicação aos juristas por falta de regulamentação legal própria.

Em Portugal, o anonimato do doador de esperma ou óvulos é garantido pela Lei 32/2006, de 26 de Julho que em seu artigo 15, n.o 1 dispõe sobre a confidencialidade determinando que todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA. A lei ainda comina pena de prisão ou multa àquele que violar esse dever de sigilo²².

A regra geral que prevalece é a do anonimato do doador. Em princípio, esta regra se estabeleceu para proteger todos os sujeitos envolvidos na PMA: os pretendidos pais, o doador de gametas e o filho advindo através dessa técnica. O anonimato resguarda o doador de forma a evitar possíveis problemas, como a investigação de paternidade e o estabelecimento da filiação ou outras ações de responsabilidade (alimentos, direitos sucessórios) já que o seu gesto não tem intuito diverso além da solidariedade; na mesma medida, o anonimato também garante a autonomia e o livre desenvolvimento da família que teve filho através da PMA, evitando interferências do doador de gametas e a busca, por este, do direito de paternidade. Ainda, o princípio do anonimato também tem o objetivo de proteger a criança, a fim de que esta não se transforme em objeto de disputa entre o doador e seus pais afetivos (LEITE, 1995).

No entanto, o reconhecimento jurídico²³ do direito ao conhecimento das origens genéticas impõe uma revisão do princípio do anonimato. Este princípio que já não era absoluto, tendo em vista que a doutrina já se interessava pela identidade do progenitor alegando motivos relacionados com a prevenção do incesto (OLIVEIRA, 2003, 499) (por analogia ao art. 1987 do Código Civil Português, que encontra correspondente semelhante no art.

1626 do Código Civil Brasileiro), fica ainda mais relativizado em razão do reconhecimento desse “novo direito”, o direito a conhecer a progenitura biológica.

Numa análise inicial, o direito ao conhecimento das origens genéticas e o princípio do anonimato parecem conflitantes, sendo necessário buscar uma harmonia, uma solução equilibrada que não ofenda o direito do doador em ter sua identidade mantida em sigilo, e, ao mesmo tempo, garanta à pessoa o acesso às suas origens genéticas, à sua história genética.

Essa harmonia dos direitos em questão é alcançada a partir da aceção de que o conhecimento das origens genéticas é o direito ao acesso de informações concernentes à características fenotípicas, geracionais, e, de predisposição ou não de sofrer doenças hereditárias, o que não leva necessariamente à revelação da identidade civil do doador.

Conforme Almeida e Edson Junior (2009), o conteúdo do direito à identidade genética é o grupo de informações biológicas herdadas, sendo que, a sua satisfação não requer o conhecimento da identidade dos genitores, o que se torna uma notícia dispensável²⁴.

Também, Oliveira (2003) julga que deve ser organizada uma política para conhecimento rigoroso e para conservação das informações sobre o caráter genético sêmen, mas não chegando à divulgação da identidade civil do fornecedor. O autor rejeita o conhecimento da identidade do fornecedor de esperma, sem prejuízo da necessidade de registrar de forma sistemática e rigorosamente a proveniência e as características do sêmen, para os fins de ordem social e clínica, tendo em vista a possibilidade de suprir o anseio do direito ao conhecimento das origens genéticas sem ferir o direito de anonimato do doador.

Nesse mesmo entendimento, o n.o 2 do artigo 15 da lei portuguesa 32/2006, de 26 de Julho, faculta às pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões que obtenham, junto dos competentes serviços de saúde, informações de natureza genética que lhes digam

²² Lei 32/2006, de 26 de Julho: “Art. 43.o Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade Quem violar o disposto no artigo 15º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.”

²³ A existência jurídica de um direito ao conhecimento das origens genéticas é reconhecida pela doutrina exaustivamente descrita neste trabalho, bem como pela legislação através da interpretação extensiva, como no caso da Constituição Federal Brasileira, ou de forma explícita e direta, como no caso da Constituição da República Portuguesa, que garante o direito à identidade pessoal e à identidade genética, ou ainda, pela ratificação por ambos os países de documentos internacionais – conforme descrito no tópico 2 deste trabalho.

²⁴ Os mesmos autores ainda afirmam que “O que importa é a concessão dos dados relativos à ascendência biológica. Grosso modo, o que se protege por tal direito de personalidade é o conhecimento do substrato da herança em si – objeto –, não da identidade do sucedido – sujeito”. ALMEIDA, Renata Barbosa de; EDSON JUNIOR, Walsir. Direito Civil: Famílias. ob. cit.

respeito, excluindo, no entanto, a identificação do doador²⁵. Também o n.º 3 do artigo 15 da referida lei permite àquelas pessoas obter informação sobre a eventual existência de impedimento legal a projetado casamento mantendo-se, da mesma forma, a confidencialidade acerca da identidade do doador, exceto se este expressamente o permitir.

Percebe-se que a solução encontrada na legislação portuguesa é a regra de que o doador permanece anônimo, sendo apenas facultados, em princípio, dados anonimizados quando tal se revele necessário do ponto de vista da saúde do filho gerado com recurso à PMA, ou informação sobre se existe impedimento legal a projetado casamento (REIS, 2008, P.337).

No Brasil, como não há lei específica que regule a fertilização assistida, vamos explicitar como a Resolução 1957/10 do Conselho Federal de Medicina Brasileiro aborda a questão do anonimato. De acordo com o item IV, nº 2 e 3 da referida resolução, obrigatoriamente deve ser mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, sendo que, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Assim, o CFM entende que apenas por motivos de proteção à saúde poderiam ser fornecidos os dados genéticos de uma pessoa gerada a partir das técnicas de PMA, por isso, limitou o conhecimento desses dados ao médico, ficando aquém das exigências do direito personalíssimo de conhecimento das origens genéticas porque, além de não alcançar o titular desse direito, ignora as outras causas de justificação, quais sejam, o direito à intimidade genética, à identidade pessoal, à informação, à integridade e à dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que, conforme dissemos anteriormente, a referida resolução não tem força jurídica, servindo apenas de

orientação deontológica para os médicos²⁶. Essa questão evidencia ainda mais a urgência que o Brasil tem de legislar sobre a matéria da reprodução assistida, do anonimato do doador e do direito ao conhecimento das origens genéticas²⁷.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que nem sempre é possível atender às acepções do direito ao conhecimento das origens genéticas sem que haja a identificação pessoal do doador, sendo necessária ou a revelação da sua identidade civil, ou a supressão do direito filho gerado a partir da técnica de PMA. Há nesses casos um conflito de direitos, onde está em confronto o direito de anonimato do doador do gameta e o direito do filho de saber sua origem genética. Ambos constituem direitos de personalidade – que conferem ao seu titular poderes diretos e imediatos sobre o seu uso, fruição, reivindicação e autodeterminação²⁸; ambos são componentes da dignidade humana, e, se analisarmos bem, estamos tratando do mesmo bem jurídico (direito à intimidade) que se confronta consigo mesmo por estar na titularidade de pessoas com interesses opostos: direito à intimidade genética (do filho que pretende saber sua origem biológica) versus direito à intimidade pessoal (do doador que pretende manter-se anônimo).

Nessas hipóteses, em que não há como atender aos anseios do direito ao conhecimento das origens genéticas preservando, ao mesmo tempo, o anonimato do doador, encontramos na doutrina brasileira a tendência em reconhecer que o direito de saber a identidade genética deve prevalecer, sem que, no entanto, essa informação possa ser utilizada para uma futura tentativa de vinculação de paternidade (SÁ; NAVES, 2009, p.201). Ou seja, “sendo, ou não, possível oferecer as informações biológicas sem revelar a personalidade do(s) genitor(es), em atenção à substância do direito defendido, em nenhum caso haverá criação do vínculo filial” (ALMEIDA; EDSON JÚNIOR, 2009, p.394). Também, esse entendimento é

²⁵ Artigo 15o, n.º 2 da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

²⁶ Apesar de não ter sido aprovada pelo Poder Legislativo, há autores que defendem que a resolução do CFM tem hierarquia equivalente à lei, uma vez que vem complementar o sistema legal, preenchendo lacuna onde o legislativo foi silente. DANTAS, Eduardo. COLTRI, Marcos Vinícius. Comentários ao Código de Ética Médica. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 99

²⁷ As questões relativas à PMA são ainda muito controversas, o único ponto em que há um acordo na sociedade é o de que a legislação é necessária. GUILHERME DE OLIVEIRA apud MARY WARNOCK. Oliveira, Guilherme de. Legislar sobre procriação... p. 101.

²⁸ De acordo com CAPELO DE SOUSA, os direitos da personalidade implicam, normalmente, num dever geral de abstenção ou de não ingerência, e, excepcionalmente exigem dos outros um comportamento positivo (de fazer), deveres gerais de ação ou de solidariedade, deveres de toda e qualquer pessoa que se encontre em condições de prestar auxílio. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O Direito Geral... p. 616 e 617. Sendo assim, da mesma forma que o direito de anonimato do doador exige uma não ingerência na sua identidade e vida privada, o direito à historicidade genealógica-pessoal da pessoa gerada a partir da PMA exige um dever de ação de todos aqueles, principalmente os pais afetivos, que podem de alguma forma ajudar a pessoa a saber sobre a sua origem genética.

compartilhado por Paulo Luiz Netto Lobo (2004)²⁹.

Em Portugal, a legislação (Lei 32/2006, de 26 de Julho) exclui exaustivamente, a paternidade do doador de sêmen³⁰ e ainda prevê no n.º 4 do artigo 15 que “podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do doador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”. Dessa forma, a lei portuguesa, em prejuízo do direito de anonimato do doador, sobrepõe o direito ao conhecimento das origens genéticas, o que pode causar, por via de consequência, a revelação da identidade civil do doador, sem que haja, contudo, qualquer implicação parental, por determinação da própria lei.

Parece-nos que a solução trazida pela lei portuguesa é bastante plausível - na medida em que impõe uma regra geral aplicável a todos os casos, podendo, no entanto, ser excepcionada por “razões ponderosas” – pois em razão da rapidez evolutiva da ciência médica e das novas situações que lhe são oriundas, não é conveniente que a regra em abstrato seja rigorosa no sentido de prezar o anonimato absoluto do doador e em nenhuma hipótese permitir o acesso às informações sobre a identidade deste (TEIXEIRA; SALES, 2011, p. 362).

Nota-se, portanto, que em relação ao conflito entre o direito de anonimato do doador e o direito ao conhecimento das origens genéticas do filho gerado a partir da PMA há uma tendência convergente observada na doutrina brasileira e na legislação portuguesa, na medida em que ambas tendem, em última hipótese³¹, a revelar a identidade do doador, sem, contudo, atribuir a paternidade a este.

5 A MUDANÇA DE PARADIGMA NO REINO UNIDO

Há de se observar que, tanto no Brasil como em Portugal, há a tendência de buscar atender aos anseios do conhecimento das origens genéticas sem que haja a violação do anonimato do doador. Apenas nos casos em que não é possível manter a identidade civil do doador (por ‘razões ponderosas’, como justificou a lei portuguesa) é que se divulgará a sua identidade pessoal.

Entretanto, é interessante expor, a título de reflexão, a experiência jurídica do Reino Unido, onde, em razão de seu maior desenvolvimento econômico, têm sido praticadas a mais tempo as técnicas de reprodução assistida, e, conseqüentemente, já foram suscitados diferentes questionamentos sobre as técnicas de PMA. Sobretudo, a razão de citá-los neste estudo se deve ao fato de que no Reino Unido já havia legislação consagrando o anonimato dos doadores, mas, anos mais tarde, acabou por adotar uma solução oposta, no sentido de prevalecer o anonimato do doador, mudando radicalmente de paradigma.

Nos anos 80 criou-se uma comissão, presidida por Mary Warnock, que elaborou um relatório sobre o enquadramento jurídico da PMA, determinando que o anonimato dos doadores e do casal beneficiário deveria ser preservado, a fim de evitar complicações legais e dificuldades emocionais (REIS, 2008, p. 325-326). Posteriormente, os princípios desse relatório foram consagrados no Ato de 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990), o qual dispôs que ao atingir a maioria o filho poderia ter acesso a informações relativas às circunstâncias de ter sido gerado com recurso às técnicas de PMA – n.º 31, (4) (a) do Ato – podendo, portanto, saber informações relativas ao sexo, altura, peso, origem étnica, cor dos olhos, cabelo e pele, ano do nascimento, profissão, antecedentes clínicos do doador e de seus familiares. Essas informações, no entanto, eram não identificáveis, nunca se revelando a identidade dos doadores dos gametas ou embriões.

Em 2004, o Ato de 1990 foi modificado, principalmente, no que concernia ao anonimato do doador. A regulamentação de 2004 determinou que todas as crianças nascidas com auxílio das técnicas de PMA, de gametas doados depois de 31 de março de 2005, podem ter acesso a dados que identificassem o doador: ao nome e sobrenome do doador, data e local de nascimento do doador, aparência física e ainda o último endereço do doador – n.º 2 (3) da Regulamentação de 2004. Assim, a partir de 2023 já poderá ser possível que a pessoa, gerada a partir da técnica de PMA no Reino Unido e já dotada de maioria, conheça a identidade

²⁹ O autor afirma que: “... o filho pode vindicar os dados genéticos do dador anônimo se sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade.” LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação... p. 525. Dessa forma, mesmo que os dados genéticos levem à identificação do doador, este não poderá ser havido como pai da criança gerada a partir de seu sêmen que foi doado para a PMA.

³⁰ O art. 10, n.º 2; art. 20, n.º 1; e, o art. 21 excluem, veemente, a paternidade do doador do sêmen, determinando que esta não é possível em nenhuma hipótese.

³¹ Dizemos em última hipótese porque primeiro deverá haver a tentativa de suprir os anseios do conhecimento das origens genéticas sem que haja violação do direito de anonimato do doador. Apenas quando não for possível compatibilizar esses dois direitos é que se procederá a revelação da identidade do doador, sem que haja a possibilidade de constituir o vínculo de filiação.

daquele que contribuiu geneticamente para o seu nascimento (REIS, 2008, p. 428).

A mudança na lei foi promovida com a crescente ideia de que a pessoa tem o direito de conhecer sua origem genética. Conforme ressalta Reis (2008, p. 327), a presidente da comissão inicial de, Mary Warnock, teria admitido publicamente que: “We are much more sensitive now to the idea of genetic inheritance”³².

A alteração do paradigma no Reino Unido causou, contudo, uma queda dramática no número de homens doadores de espermatozoides, sendo que, ainda há evidências de que casais inférteis têm procurado tratamento fora do Reino Unido para evitar que a identidade do doador de espermatozoides seja revelada algum dia (HERRING, 2007, p. 357).

Ainda, cabe observar que apesar do Ato de 1990 e da Regulamentação de 2004 incentivarem os pais a contarem para seus filhos que foram concebidos a partir da PMA 70% dos casais não seguem essa orientação que, segundo HERRING, configura, pela falta de obrigatoriedade, uma proteção do direito de conhecer a origem genética bastante tímida (HERRING, 2007, p. 357).

6 CONCLUSÃO

O direito à identidade genética, especificamente, o direito de conhecer as origens genéticas é considerado um direito novo, derivado do reconhecimento jurídico dos direitos da personalidade e da proteção dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da ciência médica e das técnicas de procriação medicamente assistida veio para solucionar o velho e grave problema da infertilidade humana, que atinge um número significativo de pessoas. A PMA visa dar um filho àquele(s) que o deseja(m), mas não podem, ou seja, busca ajudar o ser humano a suprir anseios próprios, e, em última análise, concretizar o direito à saúde e à família, solucionando o problema da esterilidade. Entretanto, as técnicas de PMA acabaram por acarretar uma série de questionamentos jurídicos que ainda estão sendo discutidos e merecem especial atenção do ponto de vista legislativo.

Nesse âmbito, o direito de anonimato do doador vem sendo questionado em razão do reconhecimento de que toda pessoa tem direito a saber sua historicidade genética e pessoal, num conhecimento de si mesmo. Esse direito ao autoconhecimento seria fundado numa série de

direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à intimidade, à identidade, à informação, à saúde, à autodeterminação, à integridade, ao livre desenvolvimento da personalidade, e, sobretudo, no direito à dignidade humana.

O Reino Unido é um exemplo paradigmático porque num primeiro momento consagrou o direito de anonimato do doador, dando ao filho apenas o direito de conhecer algumas informações relativas às características físicas do doador e alguns dados genéticos concernentes à sua saúde e a de sua família, as quais não levassem à identificação da progenitura biológica. Num segundo momento, o Reino Unido regulamentou que os filhos gerados a partir das técnicas de PMA, depois de março/2005, poderiam conhecer a identidade civil do doador, facultando acesso a informações sobre o nome, endereço, profissão, dentre outras. Essa hipótese, do filho conhecer a pessoa que contribuiu geneticamente para seu nascimento, só irá vir à tona em 2023, quando as primeiras pessoas geradas a partir das técnicas de PMA atingirem 18 anos. No entanto, já fazem surtir efeitos nos bancos de sêmen do Reino Unido e na evasão de casais inférteis para outros países.

Numa abordagem luso-brasileira, temos que a doutrina estudada não considera absoluto o direito de anonimato do doador, mas ao mesmo tempo não declara que a identidade civil deste deva ser revelada. Essa tendência doutrinária, à qual nos filiamos, procura ponderar o direito de conhecer as origens genéticas da pessoa gerada a partir da PMA sem infringir o direito de intimidade e vida privada do doador, buscando uma solução equilibrada: conceder informações relativas à saúde, aos dados genéticos e geracionais, sem contudo, identificar civilmente o doador.

Entretanto, quando não for possível, na prática, atender aos anseios do direito ao conhecimento das origens genéticas sem revelar a identidade do doador, esta será relativizada em razão daquele. Em hipótese alguma, porém, será atribuída a parentalidade àquele que por motivos meramente altruísticos doou gametas para a prática da PMA. O conceito de filiação e origem genética não se confundem por serem realidades sociais e jurídicas distintas. A filiação e a parentalidade são conceitos relacionais fundados essencialmente no afeto. Já a origem genética é fundada em dados meramente biológicos.

Percebe-se que, no Brasil e em Portugal (país em

32 REIS, Rafael. O Direito ao conhecimento... ob. cit. p. 327. Tradução nossa: “Nos estamos agora muito mais sensíveis à idéia de herança genética”.

que a questão está inclusive disposta na lei) a tendência inicial de preservar o anonimato do doador é similar ao que ocorreu na primeira fase legislativa do Reino Unido.

No entanto, o entendimento jurídico luso-brasileiro difere-se do que foi adotado subsequentemente no Reino Unido, na medida em que, neste foi declarado de plano que a identidade civil do doador será revelada caso solicitada pelo “filho” – antes de fazer a doação, a pessoa já está ciente de que se o “filho” requerer será identificada, não havendo o que se falar em invasão do direito de intimidade já que ciente desta situação, mesmo assim consentiu em fazer a doação; já aqueles países, continuam a buscar o conhecimento do patri-

mônio genético com a máxima preservação da identidade civil do doador, em respeito à sua privacidade, só se fazendo necessária a revelação da identidade por razões ponderosas que devem ser inclusive judicialmente comprovadas. A regra no Brasil e em Portugal é a de que o anonimato do doador deve ser preservado, sempre que possível.

A diferença parece sutil, mas poderá acarretar consequências significativas, ainda mais tendo-se em vista que o entendimento adotado no Reino Unido ocasionou em prejuízo para a realização das técnicas de PMA devido à evasão de casais inférteis e de doadores, esvaziando a utilidade deste procedimento.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; EDSON JUNIOR, Walsir. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 3. Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.
- BRUNO, Denise Duarte. Posse do estado de filho. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 3. Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. 2. ed. Separata do vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: 1995.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA BRASILEIRO. **Resolução nº 1957/2010**. Publicada no Diário Oficial da União de 06 de janeiro de 2010, Seção I, p. 79. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 20 maio.2012.
- DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.
- GLENDON, Mary Ann (chief editor). **International Encyclopedia of Comparative Law**. Vol. IV. Dordrecht, Boston, Lancaster: Mohr Siebeck, Tübingen, and Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- HERRING, Jonathan. **Family Law**. 3.ed. Exeter College, Oxford University. Pearson Longman, 2007.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à Identidade Genética do ser Humano. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Separata de Portugal-Brasil, 2000.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Filhos da reprodução assistida**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 3. Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.
- OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. O Direito Civil em Face das Novas Técnicas de Investigação Genética. In: DERECHO Y GENÉTICA: UM RETO DE LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, número extraordinário, Madrid, 2006. p. 149-162.
- _____. Legislar sobre procriação assistida. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 127o ano, 1994 -1995, n. 3838-3849. pp.74-75 e pp. 98-105.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 3 Família e cidadania. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in Vitro” da bioética ao biodireito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral da Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. SALES, Ana Amélia Ribeiro. Reprodução Assistida Heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (orgs). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 347 a 371.

