

DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NO BRASIL

Franciele Ferreira de Assis¹; Marina de Neiva Borba²

Estudante do Curso de Direito; e-mail: franciele6543@hotmail.com ¹

Professor da Universidade Mogi das Cruzes; e-mail: marinaborba@globo.com²

Área de Conhecimento: Direitos Especiais.

Palavras-Chave: Reprodução Humana Assistida; Identidade Genética; Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

As técnicas de reprodução humana assistida resultam de avanços da ciência e da tecnologia na busca de saciar o desejo de pessoas que sofriam de infertilidade, para que estas pudessem realizar o sonho da procriação. Elas podem ser classificadas em: homóloga, em que se utiliza o material genético do próprio casal que está sendo submetido ao procedimento; e, heteróloga, em que se utiliza o material de doador anônimo. Nesse sentido, surge o seguinte questionamento: existe fundamento jurídico que permita ao filho de reprodução assistida heteróloga ter acesso à sua identidade genética no Brasil? A problematização foi elaborada face a ausência de legislação específica, verificando-se apenas a existência de normas deontológicas para o procedimento médico da reprodução assistida. Assim, torna-se de suma importância para a abertura de debates sociais a discussão dessa temática, pois é papel do Direito, acompanhar as relações sociais e entregar as possíveis soluções jurídicas a partir dos novos conflitos gerados.

OBJETIVO

Esta pesquisa tem, portanto, como objetivo geral identificar e elencar os posicionamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade jurídica de reconhecimento da identidade genética dos filhos concebidos pela reprodução assistida heteróloga no Brasil.

METODOLOGIA

Trata-se de estudo de natureza qualitativa, com a finalidade descritiva, que utilizou as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

RESULTADO E DISCUSSÃO

Reprodução humana assistida consiste em técnicas que possibilitam homens e mulheres impossibilitados por algum problema de infertilidade ou esterilidade. Podem ser realizadas de maneira intracorpóreas (fecundação ocorre dentro do corpo da mulher através da inserção do gameta masculino no aparelho genital feminino) ou extracorpórea fertilização *in vitro*, realizada fora do corpo feminino, em ambiente laboratorial, pela manipulação em um tubo de ensaio ou em uma mídia de cultivo.

Após a fecundação, o óvulo já é um embrião e o material é transferido para o útero, sendo possível inclusive a transferência para uma terceira mulher que não a mesma doadora de óvulos, técnica conhecida também como barriga de aluguel.

Denomina-se inseminação artificial quando realizada a fecundação *in vivo* que é a introdução dos gametas masculinos no corpo feminino transferidos de maneira artificial

por seringa ou cateter e fertilização *in vitro* a realizada em laboratório, sendo retirados os gametas masculino e/ou feminino e reproduzidos artificialmente. Dessa fusão, resulta-se o zigoto que será transferido para as trompas ou para o útero.

O Código Civil de 2002, artigo 1.597 traz apenas a presunção de paternidade, *pater is est*, em inseminação artificial heteróloga em casos de mulheres casadas mediante a anuência do marido, não existindo, porém dispositivo a regule.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê isonomia entre os filhos, artigo 227, §6º, independente do modo da concepção ou se havidos na constância do matrimônio ou não.

Inexistindo legislação específica, fica a cargo do Conselho Federal de Medicina, através de Normas, nortear a ética profissional quanto à realização das técnicas. Nesse sentido, o anonimato é requisito fundamental para o doador e receptor. O direito ao anonimato encontra baliza constitucional, bem como o direito a filiação.

Vale esclarecer que origem genética e filiação não se devem confundir, pois, o pedido de acesso a origem genética, nestes casos não tem como objetivo alteração de paternidade ou o alcance aos fins sucessórios mas, apenas, para fins terapêuticos ou até mesmo para evitar o casamento entre irmãos. Verificou-se que o tema também é controverso também em legislações estrangeiras.

Por fim, no Brasil, não existe legislação para regulamentar as técnicas de reprodução assistida, ficando a cargo apenas do Conselho Federal de Medicina através de Resoluções, orientar quanto a alguns aspectos éticos, ao perfil das pessoas envolvidas. Essa ausência legislativa possibilita o levantamento de questões de alta complexidade como, por exemplo, o conflito dos direitos fundamentais que tutelam tanto o anonimato do doador de material genético quanto o direito do filho havido de reprodução assistida poder ter acesso à sua identidade genética, ou seja, de poder conhecer a sua filiação biológica.

Existem alguns projetos de Lei cujas propostas vão desde a criação do Estatuto da Inseminação Artificial (PL 4892/12) até a propositura da permissão de investigação de paternidade de pessoas havidas das técnicas de reprodução assistida (120/03). Todos esses projetos aguardam apreciação na Câmara dos Deputados.

O direito de acesso a identidade genética frente ao direito a intimidade do doador gera uma colisão de direitos fundamentais. A doutrina jurídica posiciona-se da seguinte maneira: Paiano, Francisco (2011, p. 153) entende que acesso à identidade genética também é um direito fundamental, possível pelo fato deste ter como base outro princípio fundamental que é o da dignidade da pessoa humana e que este é um direito fundamental de quarta geração, pois surge com a modernidade e avanço tecnológico.

Junior e Fermentão (2010, p. 112) defendem que mesmo na ausência de dispositivo legal que permita o reconhecimento da paternidade, não há como negar tal direito por este se tratar de um direito personalíssimo, indisponível e intransferível, pois, este é um direito necessário para a complementação da personalidade da pessoa havida de uma inseminação artificial.

Em contrapartida, Cruz (p. 127 *apud* PAIANO, FRANCISCO; 2011, p. 155) entende que o anonimato do doador é o princípio do procedimento na reprodução assistida heteróloga, sendo necessário para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica, promovendo, assim, o melhor interesse da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa do fruto da reprodução humana assistida heteróloga.

Diante do conflito instaurado, Honesko (p.132 *apud* PAIANO, FRANCISCO; 2011, p.158) defende que frente a uma situação fática, o princípio da proporcionalidade deve

ser utilizado, sendo o balizador dos argumentos jurídico utilizados pelo julgador, para contrabalancear os princípios, concretizando-se assim a própria ideia do Direito que busca o equilíbrio harmônico entre valores que se contrapõem, diante da impossibilidade de hierarquia entre os princípios fundamentais.

CONCLUSÃO

A legislação não consegue acompanhar a evolução da sociedade em determinadas áreas, ficando a cargo do Poder Judiciário quando solicitado, apresentar solução aquela demanda.

Nesse sentido, muito embora não exista proteção expressa na nossa Constituição Federal e em nenhuma outra legislação de maneira análoga, constatou-se que se direito à identidade genética for suscitado perante o Poder Judiciário, este deve ser tutelado e amparado como base na proteção do princípio da dignidade humana e do direito ao reconhecimento da paternidade.

Cumprir salientar que, origem genética e filiação não se devem confundir. Àquele que busca conhecer a sua origem genética é vedado pleitear esse reconhecimento para fins sucessórios ou mesmo a alteração do estado de paternidade.

O conflito de direitos fundamentais ambos tutelados pela Constituição Federal é um desses casos onde caberá ao magistrado, apresentar tal solução. Como poderia ocorrer resolução para tal conflito? Inicialmente, cabe salientar que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais constitucionais.

Assim sendo, caberá a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto. Inexistindo hierarquia, não poderá haver a sobreposição de um direito em relação a outro e seja qual for à solução, essa terá que ser baseada em uma proporção de maneira que ambos os interesses sejam atingidos sem que haja proveito de uma parte em detrimento da outra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Genoma e Direito Constitucional. In: ___Direito do Genoma Humano. Almedina. 2007. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa - Portugal, 2007. P. 489-502.

BERNARDO, Felipe Antônio Colaço; CUNHA, Mariana Galvão Rodrigues da. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3588, 28 abr. 2013. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/24261/aspectos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida>. Acesso em: 31 mar. 2014.

FALCONI, Luis Carlos; VAZ, Vitor Junqueira. A inseminação artificial heteróloga no código civil de 2002: reflexos no direito à filiação. Revista da Faculdade de Direito da UFG, [S.l.], v. 32, n. 2, p. 163/183, out. 2010. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12148/8059>>. Acesso em: 27 Fev. 2015. doi:10.5216/rfd.v32i2.12148.

JUNIOR, Wanderlei Lukachewski, FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A busca da origem genética na reprodução assistida heteróloga como complemento da personalidade com fundamento na dignidade da pessoa humana. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.10, 2011. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/93/106>. Acesso em 03-03-15

LEITE, Tatiana Henriques, HENRIQUES, Rodrigo de Arruda de Holanda. Bioética em Reprodução Humana Assistida: Influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referências no Brasil e em outras nações. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n1/0103-7331-physis-24-01-00031.pdf>. Acesso em 01-03-15.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: Um pouco de história. Rev. SBPH, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, dez. 2009. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 07/01/2015.

PAIANO, Daniele Braga; FRANCISCO, Guilherme Murelli. O direito de acesso á identidade genética em frente ao direito ao anonimato do doador de material genético: Uma colisão de direitos fundamentais. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.10, 2011. Disponível em <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/132/107>. Acesso em 06-02-2015.

RESENDE. Cecília Cardoso Silva Magalhães. As questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa>. Acessado em 28/03/2014.

SALEM. Tânia. O Princípio do anonimato na inseminação artificial com doador (IAD): Das tensões entre natureza e cultura. Physis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 1995. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v5n1/02.pdf>. Acesso em 03-03-15.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Elizandra Mara. A Filiação em Face da Reprodução Assistida. Revista da ESMESC. N.13, n.19, 2006. Disponível em: <http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2006/2-1247232309.PDF>. p. 367-396. Acessado em 07-01-2015.

SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. Revista da EMERJ, V.13, Nº50, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em 03-03-15.

VASCONCELOS, Camila, LUSTOSA, Cátia, MEIRELLES, Ana Thereza, ARANHA, Anderson Vieira, GARRAFA, Volnei. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. Revista Bioética, V.22 nº03, 2014. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/957/1133.