

**A IDENTIDADE GENÉTICA ATRAVÉS DO CONHECIMENTO À ORIGEM
GENÉTICA E DO ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN: uma questão de
Ponderação de Valores.**

Mariana da Cunha Romualdo¹

Laura Dutra de Abreu²

RESUMO

O fio condutor deste artigo é a discussão sobre a Identidade Genética na reprodução assistida heteróloga haja vista a falta de uma legislação sobre o tema, ocasionando conflito entre dois Direitos Fundamentais (Conhecimento da Origem Genética e Intimidade). O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, regulamenta sobre a Reprodução Medicamente Assistida através da Resolução nº2013/13, porém nada que se compare a uma regulamentação propriamente jurídica capaz de direcionar as ações praticadas. Sendo assim, o meio utilizado para a solução do conflito existente fica a cargo da Ponderação de Valores, sendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual engloba os Direitos Fundamentais a priori mencionados, como forma de definir qual direito deverá ser escolhido em um determinado caso concreto.

¹ Advogada inscrita no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº OAB/MG 156558, Bacharel em Direito. e-mail: naninharomualdo@hotmail.com

² Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Pós-graduada em Direito Público pela ANAMAGES- Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Graduação em Direito; Associada ao IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). email: lauradutraabreu@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. IDENTIDADE GENÉTICA. CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA. ANONIMATO DO DOADOR DE SÊMEN.

INTRODUÇÃO

É imprescindível que o ordenamento jurídico esteja de forma paralela aos avanços científicos, para que possa assim ocorrer à devida regulamentação, não deixando a sociedade à mercê de meras conclusões.

Em seu livro, Sérgio Abdalla Semião (2000, p.162) nos informa:

Hoje, a rapidez das informações é tão grande e a tecnologia avançou tanto que o Direito não a está acompanhando na mesma velocidade, principalmente, quanto à biogenética, particularmente no que diz respeito à fertilização humana artificial.

O Conselho Federal de Medicina trouxe em sua resolução o anonimato do doador, sendo representado constitucionalmente pelo Direito Fundamental da Intimidade. Entretanto, esse vai de encontro com o Direito Fundamental do Conhecimento à Origem Genética. Ambos estão presentes de forma implícita no Princípio Basilar da Dignidade da Pessoa Humana. De acordo com Maria Helena Diniz (2007, p.17): "... para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade".

A metodologia de apresentação desse tema ocorre através de pesquisas bibliográficas e documentais, além de uma salutar análise da bioética e do biodireito, bem como com demonstração de respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e a análise criteriosa de cada caso concreto, com o uso da Ponderação de Valores.

Portanto, o presente estudo demonstra a necessidade de uma legislação capaz de nortear as questões envolvidas à Identidade Genética na Reprodução Assistida Heteróloga para que mitigue ou até mesmo resolva o conflito entre os dois Direitos Fundamentais presentes.

1 A BIOÉTICA E O BIODIREITO NO DESENVOLVER DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Hodiernamente, observa-se tão quanto a sociedade se mostra desenvolvida. Principalmente com o despontar da tecnologia em que está dissipada em todos os meios, desde um telefone móvel aos grandes avanços científicos.

1.1 Cautela ao manuseio dos meios dispostos pelo progresso

Em razão disso, faz-se necessária cautela ao manuseio dos meios dispostos pelo progresso, principalmente quando se trata de Pessoa Humana em que engloba a Vida e a Dignidade da Pessoa Humana, princípios esses corolários em nosso ordenamento jurídico.

Essa cautela pode vir a ocorrer por meio da ética, a qual é na visão de Regina Fiúza Sauwene Severo Hryniewicz (1997, p.4):

Uma análise sobre as condições necessárias para que um ato humano qualquer possa ser introduzido no âmbito da moral ou da ética, e com isso, avaliado como bom ou mal, justo ou injusto, moral ou imoral.

1.2 Da Bioética

Hoje o sentido para o termo bioética segue de acordo com André Hellegers, que fundou em 1971 na Universidade de Georgetown o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, o qual “passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida”, tendo Jean Pierre Marc-Vergnes concluído ser “uma ética biomédica”, o que foi consolidado através da obra *The principles of bioethics*, escrita por Beauchamp e Childress, em 1979, conforme demonstrado por Maria Helena Diniz em sua obra (2014, p.34).

Existe também a visão de Marco Segre e Cesare Triberti sobre o tema, exibido por Maria Helena Diniz (2014, p.36):

A bioética abrange a macroética, que trata de questões ecológicas, em busca da preservação da vida humana, e a microbioética, que cuida das relações entre médico e paciente, instituições de saúde públicas e privadas e entre estas instituições e os profissionais da saúde.

Por ser o homem em sua própria natureza um ser inquietante, não faltam perguntas a serem feitas, e por isso, a bioética se propõe na leitura e na interpretação de seus quatro princípios básicos, “enaltecedores da pessoa humana, tendo dois deles caráter deontológico³ (não maleficência e justiça) e os demais, teleológico⁴ (beneficência e autonomia)”, iluminarem a nova caminhada da humanidade, consoante observado por Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Volnei Garrafa e Gabriel Oselka, elucidado por Maria Helena Diniz (2014, p.38), a qual afirma que “tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais”.

³Segundo o dicionário Aurélio, deontológico faz referência à deontologia, que por sua vez é o estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral. Tratado de deveres.

⁴De acordo com o dicionário Aurélio, teleológico é relativo à teleologia, a qual é o estudo da finalidade. Doutrina que considera o mundo como um sistema de relações entre meios e fins.

Na visão de Maria Berenice Dias (2012) em artigo publicado em seu homesite (www.mariaberenice.com.br), alega que a “grande mudança conceitual da Ética Médica” está no princípio da autonomia, em que “a democracia do relacionamento consiste na assunção da cidadania plena, mesmo na hora da dor e da doença”.

Por se ter o cuidado com o futuro da humanidade devido a receios aos danos que o progresso sem ética pudesse trazer, a bioética seria de grande valia para as questões enfrentadas na atualidade, conforme expressa Maria Helena Diniz (2014, p.35):

Como o know-how tecnocientífico e biotecnocinético levanta questões quanto à segurança biológica e à transmutação dos valores morais, apenas a bioética poderia avaliar seus benefícios, desvantagens e perigos para o futuro da humanidade.

1.3 Das organizações internacionais que visam promover a Bioética

A principal organização internacional, no âmbito das nações, que visa promover a Bioética é a IAB (Internacional Association of Bioethics – www.bioethics-internacional.org), já tendo realizado alguns congressos mundiais⁵.

Fazem parte da promoção da bioética ao redor do mundo, países como os Estados Unidos, Canadá, Itália, França, Inglaterra, Dinamarca, Japão, Indonésia, China.

1.4 Do Biodireito

⁵Já no âmbito das nações reunidas na ONU, existe a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, cuja elaboração foi realizada pelo Comitê Internacional de Bioética existente na Unesco. Por sua vez, no âmbito da América Latina e Caribe, a Federação Latino - Americana e do Caribe de Instituições de Bioética - Felaibe. Além disso, a Organização Pan – Americana de Saúde (OPAS/OMS) possui o Programa Regional de Bioética. No Brasil, tem-se a Sociedade Brasileira de Bioética, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (Ministério da Ciência e Tecnologia), a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Ministério da Saúde), como também publicações específicas.

O direito por sua vez, não poderia deixar de acompanhar o progresso, sendo imprescindível o estudo dos grandes juristas no sentido de regular os avanços e conquistas biotecnológicas, visando à proteção da Vida, da Dignidade da Pessoa Humana e da Ética Social.

Francisco Amaral (1997) conceitua o biodireito como “o conjunto de valores, princípios e normas que têm por finalidade proteger a vida humana, disciplinando a prática de suas intervenções e os mecanismos de sua manipulação”.

Nesse ínterim, como afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2001): “a Bioética se pluraliza, se reforça e se redesenha neste viés jurídico novo”, ou seja, a bioética e o biodireito não são sinônimos, porém, como aquela engloba as ciências da vida, tema necessidade do respaldo do direito através de sua regulamentação, com um enfoque no Homem como um fim em si mesmo.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANAPARA OEMBRIÃO HUMANO

A função do Estado é oriunda, obviamente, da existência de pessoas tendo como escopo promover a dignidade dessas. Sendo a questão não somente viver, mas como viver.

O constituinte, no artigo 1º inciso III da Constituição Cidadã de 1988, colocou como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a Dignidade da Pessoa Humana.

2.1 Conceito de Dignidade da Pessoa Humana

Aludindo o valor da Dignidade Humana, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p.71 e ss) :

Pois parece – nos ser um valor essencial ao Homem, sem o qual não é possível uma `sãconvivencialidade`, valor que vem sendo reforçado (consciencializado de forma evolutiva) ao longo dos tempos. Mais ainda em Estados de Direito Democráticos, como é o caso do alemão e do português, onde a base para os direitos, autonomia e liberdade dos indivíduos, nos parece residir mesmo neste princípio. O que se poderá dizer é que não se trata de um bem jurídico mas de um valor ou princípio jurídico geral presente em vários bens jurídicos.

Neste esteio, Kant (1999, p.60-61, p.68):

Ora, se eu disser que o homem, e em geral, todo o ser racional existe como fim em si, e não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade, e (disser) que em todas as suas ações, quer elas só se refiram a ele, quer também visem outros seres racionais, ele deve ser considerado, também e sempre, como fim[...]

[...]Portanto o imperativo prático será o seguinte: Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa dos outros, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca simplesmente como meio.

Todas as coisas têm um preço ou uma dignidade. Aquilo que não tem preço pode ser substituído por algo equivalente; mas o que está acima de qualquer preço, e que, por essa mesma razão, não tem equivalente, tem necessariamente dignidade.

2.2 A Dignidade da Pessoa Humana para o embrião humano

Insta ressaltar a amplitude que a Dignidade Humana atinge. Engloba não somente a vida extra-uterina, bem como também a vida intra-uterina.

Nesse sentido, Paulo Otero (1999, p.37-38):

A garantia da inviolabilidade da vida humana – prossegue, com razão – impõe ao Poder Público o dever de preservar o direito à vida pré – natal e pós – natal de todos e até, de modo reforçado quanto mais frágil essa manifestação de vida humana ou mais insuficiente ou débil for seu titular. É que a Constituição não se limita a reconhecer um direito de vida enquanto expressão de conservação de uma vida já nascida, envolvendo também a garantia de um direito à vida, traduzido no desenvolvimento de todas as manifestações de vida humana, incluindo o direito ao nascimento.

2.3 Da personalidade jurídica à Dignidade Humana

Pela força da Dignidade Humana, a tradicional noção juscivilística de personalidade jurídica aplicada ao ser humano perde sua força.

Paulo Otero (1999, p.37 e ss):

A tradicional noção juscivilística de personalidade jurídica aplicada ao ser humano tenha sido desvalorizada pela referida centralidade da dignidade humana (...) ou visto de diferente perspectiva, não é a personalidade que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano é a qualidade de ser humano, que envolve a natural titularidade de certos direitos que, conseqüentemente, justifica o reconhecimento da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é sempre uma consequência e nunca a causa de titularidade de direitos inatos ao ser humano.

Neste sentido, a visão de Bockenorde é demonstrada através de MariaGarcia (2008, p.64, 245-257):

Se ao embrião humano é atribuída a proteção da Dignidade Humana, e por consequência, também o reconhecimento do direito à vida, isso não ocorre nem de uma dependência de um fundamentalismo ontológico, nem do fato de um embrião de dezesseis ou dezoito células já poder ser qualificado empiricamente como pessoa. Torna-se decisivo que o conteúdo normativo da Dignidade Humana, reconhecido e pronunciado pela Lei Fundamental, não seja restringido arbitrariamente, mas pelo contrário, abranja os primeiros instantes da vida de todo homem, estendendo a proteção da dignidade a esta etapa do processo vital.

Por ser o embrião humano também abrangido pela proteção da Dignidade Humana em sua fase de vida prematura e inicial, ele deve, pois, ser considerado e tratado como titular de Dignidade Humana e do direito à vida.

A Convenção sobre Direito do Homem e a Biomedicina de 1996 sobre o primado do ser humano no âmbito da biologia e da medicina, ratifica o sentido de que “o interesse e o bem do ser humano devem prevalecer sobre o mero interesse da sociedade ou da ciência”.

Conforme Sarlet por Maria Garcia (2008, p.64, 245-257): “Ser humano contém a dignidade humana, como elemento que qualifica o ser humano como tal”.

3 REGULAMENTAÇÃO DOS EMBRIÕES HUMANOS

Por ser o embrião humano digno de Dignidade Humana, carece de proteção, e por isso, se faz necessário o respaldo do direito.

3.1 A falta de normas jurídicas acerca do tema

Hoje, no Brasil, não é comum depararmos com normas a priori definidas em prol desta vida. Existe para a regulamentação da Reprodução Assistida a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, que recebeu modificações pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010, sendo esta por sua vez revogada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13- <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Porém, de acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2001), em seu artigo Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante:

Não integram o padrão de efetividade e de alcance que só a norma jurídica pode ter as denominadas regulamentações alternativas, às quais se tem recorrido – à fala daquelas outras – como, por exemplo, os códigos dentológicos⁶. Tais regulamentações, por não serem legais, são desprovidas de juridicidade, são destituídas de cogência e de sanção, e por isso mesmo, são ineficazes, não se prestando, por forma alguma, como substitutivas da norma legal.

A esse propósito Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz (1997, p.22):

A cada dia que passa, torna-se mais premente a necessidade de serem estabelecidas normas jurídicas que regulem a conduta médica, ultrapassando a consciência individual ou as deontologias. Assim pensam particularmente aqueles que conhecem o caráter corporativista das deontologias, percebendo, por isso, a oportunidade de uma legislação de caráter abrangente.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2007):

Essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer o direito à descendência, o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, tendo em vista a perpetuação da espécie humana, entusiasmou a embriologia e a engenharia genética, constituindo um grande desafio para o direito e para a ciência jurídica pelos graves problemas ético-jurídicos que gera, trazendo seu bojo a coisificação do Ser Humano, sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial que venha causar.

Ante o exposto, faz-se necessário a presença de normas reguladoras de condutas e práticas médicas.

⁶Segundo o dicionário Aurélio, deontológico faz referência à deontologia, que por sua vez é o estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral. Tratado de deveres.

3.2 O uso dos princípios e a Ponderação de Valores como forma de suprir a falta de normas jurídicas acerca do tema

A Constituição Federal de 1988 possui como escopo estabelecer regras do modo de funcionamento do país. Através de normas princípios e normas regras. Para a concretização de suas ideias necessita-se da presença da lei, sendo a Carta Magna sempre uma referência com força normativa, principalmente através de seus princípios. Com a utilização dos princípios exposto pela Constituição Cidadã, trabalha-se com a concreção, ou seja, irá depender do caso concreto para se fazer o devido julgamento.

Porém, como lidamos com conflitos da vida, tem-se que ter cautela. O direito não é absoluto, os princípios não são absolutos. Por isso, faz-se indispensável à Ponderação de Valores.

3.3 A Ponderação de Valores para a solução de conflitos entre princípios

Como não existe hierarquia entre os princípios, faz-se indispensável, o uso da técnica, desenvolvida no Direito Alemão por Robert Alexy, de Ponderação de Valores para a solução de conflitos entre eles. A partir dessa ideia, no Brasil, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado nº274, como demonstrado por Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p.7), prevendo:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões de cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art.1º, III, da Constituição (Princípio da

Dignidade Humana). Em colisão entre eles, como nenhuma pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Vale ressaltar, por meio de Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p.42) os ensinamentos de Judith Martins-Costa, que as cláusulas gerais “são janelas abertas deixadas pelo legislador, para preenchimento pelo aplicador do Direito no caso concreto”.

4. A DISCUSSÃO DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA INTIMIDADE E DO CONHECIMENTO À ORIGEM GENÉTICA, ORIUNDA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

4.1 Reprodução humana assistida através de novas técnicas

A reprodução humana assistida, conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, auxilia o processo de reprodução humana. Segundo Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontiane (2008) as técnicas utilizadas podem ocorrer através de métodos de baixa e alta complexidade. Aqueles como o coito programado e a inseminação intra-uterina, que apresentam a vantagem de menores custos, além de não precisarem ser realizados em centros de reprodução assistida. Já estes incluem a fertilização *in vitro* convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide.

Para se ter a indicação das técnicas de reprodução assistida, muito importante averiguar antes qual é o real problema da infertilidade, pois muitas vezes é possível tratar as causas sem precisar da reprodução assistida.

O sucesso das técnicas de reprodução assistida existentes diminui conforme a idade aumenta. Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontiane (2008) afirmam que: “Em mulheres de até 30 anos, a taxa fica em torno de 45%; aos 35 anos

diminui para 35%; de 35 a 40 anos, a chance é de 25% a 30%; e acima de 40 anos, de 18% a 20%”.

Antes de optar pelas técnicas disponíveis deve-se fazer o diagnóstico do casal sendo a reprodução assistida a última opção, mesmo porque alguns riscos existem.

Segundo Marilena Cordeiro Dias Vilela Corrêa (2001, p.71-82):

Todas aquelas etapas da FIV comportam riscos, como os efeitos indesejáveis de doses elevadas de hormônios, o desconforto ligado ao monitoramento laboratorial de todo o processo, as repetidas intervenções médico-cirúrgicas etc.

Hoje, as técnicas de reprodução perderam o grande enfoque que seria a constituição da família que não poderia ser formada pelos moldes naturais, acarretando um viés econômico, em que o ser humano perde a sua dignidade e passa a ser meramente a materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos.

Nessas palavras Fátima Oliveira (2001, p.99-112):

As novas técnicas de reprodução conceptivas propiciam a materialização de desejos sexistas, racistas, eugênicos e potencializam a exploração de classe, basta que se possa pagar por eles. O recorde de classe é o sustentáculo de tais desejos, cujas decorrências são: a exploração de classe (mulheres/casais ricos custeiam o “tratamento” das pobres e assim livram de parte da super-hormonização e obtêm óvulos); o tráfico e a comercialização de embriões, sêmen, óvulos (há vários sites que comercializam óvulos); a industrialização e a venda de óvulos obtidos do tecido ovárico de mulheres ainda vivas, de cadáveres de mulheres e de fetos abortados. À medida que as tecnologias conceptivas se expandem, sua concepção industrial também cresce: os óvulos tornam-se matéria-prima e são tirados do ovário de uma mulher para serem implantados no útero de outra. Essas mulheres serão consideradas procriadoras, como animais de procriação, vendidas como tais.

Para resguardar os direitos e garantias fundamentais, a legislação que envolve a reprodução assistida tem que ser mais contundente.

O que não falta hoje são questionamentos acerca da realização da fecundação extracorpórea, principalmente quanto às questões legais.

Como o demonstrado por Leo Pissini e Christian de Paul Barchifontiane (2008):

Há necessidade de estabelecer critérios para recrutamento e seleção de doadores de sêmen/embriões? Como garantir que a possibilidade de escolha do sexo (no caso do embrião), ou de semelhança com o genótipo dos pais não estabeleça critérios discriminatórios e racistas?

O doador (a) deve, por escrito, abandonar todos os direitos e deveres de descendência? A autorização de dois doadores de gametas é necessária para re-implantar o embrião em um terceiro?

A pessoa gerada por reprodução medicamente assistida pode ter o direito de conhecer seus pais genéticos?

Qual o conceito de paternidade e maternidade quanto à família?

A regulamentação apesar de ser fraca é existente. Existe o Código de Ética Médica, a Resolução do Conselho Federal de Medicina que segue linhas gerais estabelecidas por um documento que se tornou histórico na bioética da reprodução assistida que é o WarnockReport (1984), a Lei de Biossegurança (Lei nº11. 105 de 24 de Março de 2005) regulamentando a pesquisa com células-tronco embrionárias e a comercialização de produtos transgênicos, bem como a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde que apresenta diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisa envolvendo seres humanos.

O tema da legislação das técnicas de reprodução é muito bem quisto, mas também o ponto de vista social chama a atenção, conforme elucidado por Leo Pissini e Christian de Paul Barchifontiane (2008):

Por que não se adota crianças, carentes de ambiente e cuidado familiares? Sendo que com técnicas de bebê de proveta, o casal tem de 20% a 25% de probabilidade de engravidar, e cada tentativa custa de R\$8.000,00 a R\$10.000,00. E, muitas vezes, é necessário fazer mais de uma tentativa. Sendo que há também o problema da alocação de verbas para a saúde e o estabelecimento de prioridades.

Pela discussão do uso dos avanços científicos nas ciências, principalmente na medicina, não se deve esquecer o principal objetivo disso tudo, que é propiciar para o ser humano o melhor que se possa para que esse consiga alcançar a sua felicidade, não deixando de focar cada um como um fim em si mesmo.

Neste interim, LeoPissini e Christian de Paul Barchifontiane (2008):

Cabe-nos, portanto, aceitar o desenvolvimento tecnológico e enfrentá-lo ao mesmo tempo, deixando de lado respostas imediatas e simplistas de aprovação ou reprovação, mas buscando articular uma permanente discussão sobre os desejos e poderes nas relações de gênero focalizando as estruturas jurídicas, antropológicas e psicológicas da maternidade e paternidade que respeitem a Dignidade Humana.

4.2 O porquê de doar, e o porquê de receber

No Brasil, o procedimento de doação de sêmen segue uma regra particular, regida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (2.013/2013) que irá nortear esse ato.

As doações de sêmen se referem à técnica de reprodução assistida heteróloga, tendo como objetivo ser utilizado em decorrência dos casos de infertilidade, das mulheres que buscam a reprodução independente, e também dos casais homossexuais.

Em nosso país, o primeiro banco de sêmen surgiu em 1988 com recrutamento de doadores voluntários anônimos em 1992 com liberação de sêmen para inseminação em 1993.

Segundo a equipe do Pro-Seed sob coordenação de Vera Beatriz Fehér Brand (www.proseed.com.br) para doar o homem deve ter idade entre 18 e 45 anos e passar por uma triagem médica, tendo seus exames custeados pelo banco de sêmen, os quais irão comprovar que o doador está saudável. No caso do Pro-Seed, o doador voluntário faz seis doações dentro de um período de até três meses.

Os doadores costumam ser homens que já têm o costume de doar sangue, são doadores de órgãos e já participam de alguma atividade para o bem social. Outros são motivados por algum caso de infertilidade na família ou entre amigos e acabam decidindo praticar essa boa ação.

As receptoras não possuem acesso a nenhuma informação que possa identificar o doador, e nem os doadores possuem acesso às informações sobre as crianças nascidas, bem como cada doador poderá ter uma gestação de criança de sexo diferente numa área de 1 milhão de habitantes, segundo determinação do (CRM) Conselho Federal de Medicina da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Muitos estudiosos questionam sobre a possibilidade ao Conhecimento à Origem Genética diminuir as doações, porém isso não foi o que ocorreu em diversos estados norte-americanos, em que diferentemente do Brasil não se faz obrigatório o anonimato e pode se fazer quantas doações quiser.

Carlos Nelson Konder (2001, p.256) explana:

Em diversos estados norte-americanos que não enunciam norma de ordem pública sobre o tema, deixando à liberdade dos contratantes a decisão sobre o sigilo, cabendo ao doador declarar, quando catalogado no banco de sêmen, se permite sua futura identificação. Salienta-se, que cerca de 80% das pacientes, que buscam as técnicas de inseminação heteróloga, optam pelos doadores que se manifestam positivamente quanto a isto.

4.3 Do anonimato e do conhecimento

Devido aos avanços científicos, a reprodução assistida foi uma forma de se buscar a felicidade, para aqueles que não podem por algum motivo reproduzir pelos moldes naturais. Com isso, viu-se a doação de sêmen como uma forma de conquistar o seu sonho de família.

Como há o envolvimento de vidas, tanto dos pretendentes a pai, como a dos futuros filhos, se faz imprescindível à normatização que regulamente a matéria.

No Brasil, hoje em dia, ainda não existem normas contundentes capazes de regular o tema em estudo, gerando assim conflitos, vez que a Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina é um regulamento interno, não servindo de substituto da norma legal.

Por trazer grandes discussões, imperioso se faz ponderar o que mais se chama atenção na doação de sêmen: A Identidade Genética.

Quando se diz Identidade Genética, coloca-se em questão o Anonimato do Doador de gametas, e o Conhecimento à Origem Genética.

Primeiramente, em relação ao anonimato, esse é previsto pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13.

Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Obrigatoriamente será mantido sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

A ordem jurídica, por sua vez, ainda não possui uma visão própria sobre o assunto, falta uma normatização para haver a regulamentação.

Em que o direito se manifesta, é em relação à exceção ao anonimato, ou seja, se houver o cumprimento do binômio: maturidade suficiente do interessado, bem como a imperiosa necessidade da obtenção dessa informação, devidamente fundamentada.

Consagra o Enunciado nº405 do Conselho de Justiça Federal:

As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.

Insta ressaltar nas palavras de Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral e Dayane Ferreira Camardaem artigo publicado, *Intimidade versus origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga*, no homesite do Instituto Brasileiro De Família (www.ibdfam.org.br).

Assim, como na Resolução do Conselho Federal de Medicina, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, prevê o direito à intimidade, no qual se insere a proteção ao Anonimato do Doador de Gametas, que diz ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Portanto, é a partir desse entendimento que o doador de gametas tem direito ao sigilo, à intimidade, sendo esse direito garantido pelo ordenamento jurídico, e amparado como um dos desdobramentos do Princípio da Dignidade Humana.

Por sua vez, o Conhecimento à Origem Genética pode ter como fundamento a Constituição Federal.

Vejamos o que preleciona Selma Rodrigues Petterle (2007):

Em que pese o Direito Fundamental à Identidade Genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida, e de modo especial, com base no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade desta investigação: a cláusula geral implícita de tutela de todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

Muito se enfatiza que a busca pela Identidade Genética é a procura pelo procriador ou genitor, e não o reconhecimento da paternidade.

Para Maria Helena Diniz (2011):

O Direito à Origem Genética não requer investigação da paternidade, visto que é a busca de dados para desvendar a história da saúde físico-psíquica de seus ascendentes biológicos, sem ter a intenção de estabelecer o parentesco legal ou de pleitear direitos sucessórios ou pensão alimentícia do genitor biológico. Esse direito à Identidade Genética permite a adoção de medidas preventivas para a preservação da saúde e da vida do que foi inseminado artificial e heterologamente.

Pelo o que se pode observar há proteção constitucional tanto ao Anonimato do Doador de Sêmen, como ao Conhecimento da Origem Genética. Sendo assim, não resta outra forma nos dias de hoje, por não haver regulamentação contundente, o uso da Ponderação de Valores para ilidir as dúvidas existentes sobre a matéria exposta.

A Ponderação será o meio utilizado para a solução do conflito existente entre os dois Direitos Fundamentais (Intimidade e Conhecimento da Origem Genética), sendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual engloba os Direitos Fundamentais a priori mencionados, como forma de definir-se qual direito deverá sobrepor ao outro naquele caso concreto.

Ante o exposto, o uso da Ponderação de Valores se faz útil devido à falta de uma Legislação capaz de regular os atos da sociedade e da classe médica em relação à Reprodução Medicamente Assistida, o que se difere em Portugal, que desde 2006 foi promulgada a Lei nº32/2006 sobre a Procriação Medicamente Assistida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto neste presente estudo, o desenvolvimento de uma determinada ciência afeta todos os meios em que o ser humano está inserido, por isso se faz muito importante à conexão entre elas.

A bioética surgiu com o objetivo de se ter cautela no processo de evolução biológica, sendo por sua vez o biodireito como uma forma de regulamentar, haja vista que seria insuficiente aquela sem este.

O ordenamento jurídico ainda é vago em relação a normatizar novas situações como esta que está em estudo.

O que se pode citar é a Resolução do Conselho Federal de Medicina, em que é expresso o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Porém, demonstra exceção em casos especiais em que as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Outro ponto da Resolução seria que na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um doador venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

Muitos estudiosos que são a favor do Anonimato do Doador de Sêmen na técnica de Reprodução Assistida Heteróloga alegam a favor de seu ponto de vista que se tornar possível o conhecimento, as doações irão diminuir em decorrência dos problemas jurídicos e morais que irão surgir, principalmente em relação ao reconhecimento da paternidade.

Por sua vez, os favoráveis ao Conhecimento a Origem Genética afirmam que é um direito constitucional oriundo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante do exposto, muito conflito existe e por isso se faz necessária à regulamentação do tema como ocorreu em Portugal. Porém como ainda não há, utiliza-se da técnica da Ponderação de Valores, primando pelo respeito à Dignidade da Pessoa Humana para aquele ser humano que está no seio da discussão de um determinado caso concreto.

THE GENETIC IDENTITY THROUGH KNOWLEDGE OF GENETIC ORIGIN AND THE SEMEN DONOR ANONYMITY: a question of weighting values.

ABSTRACT

The thread of this article is the discussion on the Genetic Identity in Assisted Reproduction Heterologous. Today there is still no legislation on the subject, causing conflict between two fundamental rights (Knowledge of Genetic Origin and Intimacy). The Federal Council of Medicine, in turn, regulates on Medically Assisted Reproduction through Resolution nº 2013/13, but nothing to compare to a proper legal regulation able to direct the actions taken. Thus, the medium used for the solution of the conflict is the responsibility of the Securities Weighting, and the Principle of Human Dignity, which encompasses fundamental rights previously mentioned as a way of defining which law should be chosen on a particular case.

KEYWORD: HUMAN DIGNITY. BALANCING. GENETICS IDENTITY. KNOWLEDGE OF GENETIC ORIGIN. SEMEN DONOR ANONYMITY.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Por um Estatuto Jurídico da vida humana – a construção do Biodireito, conferência proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito, realizado em Londrina (PR), apoiado pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, e pelo CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós – Graduação em Direito, em maio de 1997, apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4193/bioetica-e-biodireito>. Acesso em: 11/11/2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. Diário Oficial da União. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013/13. Brasília: DF: Senado, 2013.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. Intimidade versus origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/797>. Acesso em 05/02/2013.

CONSTITUIÇÃO E CRIME. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 71 e SS, apud Maria Garcia. Estado laico e Estado a – ético: embriões humanos e o Princípio da Dignidade Humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art.5º, caput, da CFC/88). Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, 64,245-257, Jul/Set 2008.

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos, in: Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, vol.9, n.2, 2001, PP.71-82 apud PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais da bioética. 8. ed.rev.eampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel L. Apresentando a bioética, in Iniciação à bioética, cit. p.15 apud DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Bioética e Direito. Disponível em: [HTTP://www.mariaberenice.com.br/pt/bioetica.dept](http://www.mariaberenice.com.br/pt/bioetica.dept) Acesso em: 14/10/2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Encyclopedia of Bioethics, Nova York, 1978, apud Francisco Amaral, Por um Estatuto Jurídico da vida humana – a construção do Biodireito, conferência proferida no Simpósio de Bioética e Biodireito, realizado em Londrina (PR), apoiado pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, e pelo CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós – Graduação em Direito, em maio de 1997, apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4193/bioetica-e-biodireito>. Acesso em: 11/11/2012.

Estado laico e Estado ético: embriões humanos e o Princípio da Dignidade Humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art.5º, caput, da CFC/88). Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, 64,245-257, Jul/Set 2008.

GARCIA, Maria. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: Um perfil constitucional da bioética.** Coimbra: Almedina, 1999,p.37 e SS.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4193/bioetica-e-biodireito>. Acesso em: 11/11/2012.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

KANT, Immanuel. Fundamento da metafísica dos costumes. In: Maria Garcia. Estado laico e Estado a – ético: embriões humanos e o Princípio da Dignidade Humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art.5º, caput, da CFC/88). **Revista de direito constitucional e internacional.** São Paulo, 64, 245-257, Jul/Set 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, 2001.v.7.p.256.

MARTINS-COSTA, Judith, TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito das Coisas. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.P.42.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais da bioética.** 8. ed.rev.eampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais da bioética.** 8. ed.rev.eampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. Intimidade versus origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/797>. Acesso em 05/02/2013.

PORTUGAL. Diário da República, 1ª série – nº143 – Lei nº32/2006 de 26 de julho.

POTTER, Van RensselearapudPESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais da bioética.** 8. ed.rev.eampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

PRO-SEED BANCO DE SÊMEN. Preservando a Fertilidade Masculina
Disponível em : www.pro-seed.com.br

GARCIA, Maria. Estado laico e Estado a – ético: embriões humanos e o Princípio da Dignidade Humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art.5º, caput, da CFC/88). **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, 64,245-257, Jul/Set 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Bioética e biodireito**: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4193/bioetica-e-biodireito>. Acesso em: 11/11/2012.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2.ed. Editora Del Rey, 2000.p.162.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense,2008.

TARTUCE, Flávio;SIMÃO, José Fernando. Direito das Coisas. 4. Ed. São Paulo:Editora Método, 2012.

GARCIA, Maria. Estado laico e Estado a – ético: embriões humanos e o Princípio da Dignidade Humana no Estado Democrático de Direito. O direito constitucional à vida (art.5º, caput, da CFC/88). **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, 64, 245-257, Jul/Set 2008.