

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Caciane Bortolini

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: O DIREITO AO
ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE
BIOLÓGICA

Passo Fundo
2010

Caciane Bortolini

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: O DIREITO AO
ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE
BIOLÓGICA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Adriana Fasolo Pilati Scheleder.

Passo Fundo
2010

Aos meus pais, Valdir José e Ivone,
por todo amor, carinho, compreensão,
apoio e incentivo...

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar e compreender que a família brasileira passou por diversas transformações e evoluiu, e que atualmente, com os avanços da engenharia genética, é cada vez maior o número de crianças concebidas através de reprodução humana assistida. Apesar de tantas modificações, a legislação brasileira ainda denota-se bastante omissa no que se refere à reprodução humana assistida. A temática relativa à inseminação artificial heteróloga, principalmente no que diz respeito ao aspecto que tange à preservação da identidade do doador de material genético em contraponto com o direito que tem a criança, adolescente ou adulto em ter conhecimento sobre a sua origem biológica, observado o princípio da dignidade humana e o princípio do melhor interesse da criança. Por fim, conclui-se que a garantia de que o doador de material genético não possui obrigação alguma de estabelecer vínculos afetivos ou de sustento para com a criança gerada a partir de reprodução heteróloga, uma vez que se trata de mera doação de material genético com finalidade filantrópica de ajudar pessoas que desejam ter filhos e não conseguem fazê-lo por meios naturais. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre tomado como norte, observando o princípio do melhor interesse da criança para resolução de conflitos referentes a esse tema.

Palavras - chave: Anonimato. Dignidade da pessoa humana. Doador.

Identidade biológica. Inseminação artificial heteróloga.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

DNA - Ácido Desoxirribonucléico

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

G.I.F.T.: Reprodução Humana Assistida com Gametas

IA: Inseminação Artificial

IIP: Inseminação Artificial Intraperitonal

CFM: Conselho Federal de Medicina

RA : Reprodução Assistida

STF: Supremo Tribunal Federal

TJ-RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ABORDAGEM ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA	9
1.1 A evolução da família no direito brasileiro	9
1.2 Família monoparental.....	15
1.3 Paternidade Socioafetiva.....	21
2 ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA	27
2.1 Técnicas de reprodução humana	27
2.2 Distinções entre reprodução assistida homologa e heteróloga	35
2.3 O anonimato do doador: a irresponsabilidade afetiva e assistencial.....	41
2.4 Regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal da Medicina sobre a aplicação das técnicas de reprodução assistida	43
3 COLISÃO DE DIREITOS: DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA VERSUS DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR	51
3.1 O direito à identidade biológica	51
3.2 Colisão entre o direito à identidade biológica e o direito ao anonimato do doador	54
3.3 O princípio do melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	59
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	68
ANEXO	72

INTRODUÇÃO

Com o avanço das técnicas científicas, a possibilidade de concretização de um desejo, o de ter um filho, se torna possível até mesmo para aquelas pessoas inférteis, com companheiros inférteis, ou ainda para aquelas pessoas que desejam constituir uma família monoparental. O que torna real este sonho é a inseminação artificial.

Conquanto no aspecto da inseminação artificial heteróloga, se discute sobre o direito que tem o doador de material genético de ter a sua identidade preservada, mantendo-se no anonimato, uma vez que efetua tal doação com finalidade beneficente, de ajudar pessoas que querem e não podem ter filhos, sem intenção alguma de constituir qualquer forma de vínculo com o filho gerado.

De outro tanto, existe o direito da criança de ter conhecimento sobre a sua identidade biológica, tanto para fins de necessidade em caso de alguma doença hereditária, como por simples curiosidade de saber sobre sua origem biológica. Tem-se, então, um conflito de direitos e princípios que devem ser cuidadosamente ponderados.

Com o escopo de explanar a temática proposta, na constituição do estudo se adota o método de abordagem dedutivo, iniciando com o tema pesquisado de maneira ampla, analisando de forma geral com intuito de se chegar a dados específicos. O método de procedimento a ser utilizado é o bibliográfico, utilizando matérias pertinentes ao tema, livros, revistas jurídicas, artigos jurídicos eletrônicos e conteúdos publicados em sites confiáveis, bem como recorrendo-se a demais matérias provenientes de escritores e profissionais da área vinculada ao assunto.

Assim, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro apresenta a evolução da família brasileira, demonstrando a mudança da família, majoritariamente patriarcal, para as novas formas de famílias admitidas pelo atual código civil. Aborda, também, conceitos referentes à família monoparental e também à família socioafetiva.

O segundo capítulo volta especial olhar sobre aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga, abordando algumas das principais técnicas de reprodução assistida. Neste capítulo é também registrada a distinção entre reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga, onde, em linha gerais, a primeira é realizada a partir da utilização do material genético do casal, enquanto a segunda é realizada a partir da utilização do material genético de um terceiro estranho ao casal. A abordagem sobre a importância do anonimato do doador será demonstrada através da irresponsabilidade que possui esse doador de material genético no que se refere à afetividade e à assistência ao filho gerado. E como fechamento do presente capítulo, discorre-se a respeito das regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre o direito à identidade biológica abordando o direito à personalidade inerente a todo ser humano. Por conseguinte, se tratará da colisão entre o direito à identidade biológica e o direito ao doador ter sua identidade preservada. Isso se dá principalmente pela falta de legislação específica que trate sobre reprodução assistida heteróloga, causando conflitos de direitos muitas vezes difíceis de serem resolvidos, precisando de uma análise do caso concreto e de uma cuidadosa ponderação. Após, explora-se o princípio do melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana, demonstrando a importância da preservação de ambos os princípios em relação à criança gerada através da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Sucintamente, estes serão os aspectos da pesquisa que se apresenta, buscando avaliar e ponderar as questões referentes à reprodução assistida heteróloga.

1 ABORDAGEM ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Objetiva-se, neste capítulo inicial da presente pesquisa monográfica, fazer um breve esboço acerca da evolução da família brasileira, bem como objetiva-se mostrar as mudanças contemporâneas da família preponderantemente patriarcal, para as variadas formas que se apresentam atualmente, como a família monoparental e a socioafetiva.

1.1 A evolução da família no direito brasileiro

A família se configura como base de qualquer indivíduo e da sociedade em geral, contudo, a família moderna não mais considera absoluto o formato que possuía tempos atrás, quando era constituída – quase que invariavelmente – pelo pai e pela mãe, unidos pelo matrimônio, e por filhos havidos desse enlace matrimonial, que viviam sob um mesmo teto, o qual possuía um titular, chefe de família: o pai.

Para que se pudesse falar em formação de uma família era imprescindível se falar em casamento. Não se entendia como família aquela resultante de união estável, instituto que nem mesmo existia, a exemplo da família monoparental, aquela que é formada por qualquer um dos pais e seus filhos. A legislação, conseqüentemente, abrangia o tema família, sob esse mesmo prisma.¹

Os códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 39 edição, por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009.

os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana.²

O direito de família brasileiro pode ser dividido em três vastos momentos, quais sejam: religioso; laico e o igualitário³.

O direito de família religioso, também chamado de canônico, vigorou no Brasil por um longo período aproximadamente de 1500 a 1889, onde a preponderância era do padrão patriarcal. A Igreja Católica era quem regulava as relações de família e não o estado, que em nada interferia⁴.

No modelo laico de direito de família que teve seu surgimento com o início da República em 1889 e permaneceu até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o modelo patriarcal, ainda que timidamente, perdeu sua força. Neste período a igreja perdeu um pouco do seu poder regulador nas relações de família e o casamento religioso perdeu o efeito civil. O direito de família laico buscou reduzir a interferência da igreja na vida privada dos cidadãos.⁵

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, instituiu-se um direito de família solidário e igualitário. O patriarcalismo perdeu consideravelmente sua força, dando lugar a outras formas de instituições familiares. A igualdade entre os cônjuges, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, o reconhecimento da capacidade da mulher – que deixa de ser considerada relativamente incapaz – e a instituição da lei do divórcio são pontos que marcaram a evolução do direito de família que culminou com a Carta Magna de 1988, a qual dedica um capítulo às famílias, no qual foram regradadas várias situações que até então não haviam sido tratadas com a devida atenção.⁶

Retrocedendo alguns anos na história, é possível perceber que as famílias, na sua grande maioria rurais, eram conseqüentemente numerosas,

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.v.6.

³ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.2009.

⁴ LOBO, op. cit.

⁵ LOBO, op. cit.

⁶ LOBO, op.cit.

com muitos filhos, que representavam garantia de mão-de-obra para o trabalho na lavoura e na pecuária, sempre comandados pelo pai. A mulher não trabalhava fora, era chamada de “rainha do lar”, sua incumbência era cuidar da casa e da família, o homem era considerado pela própria sociedade superior à mulher, e a legislação da época só podia refletir essa realidade. Foi sob esse prisma, então, que o código de 1916 foi elaborado.⁷

No século XIX a Igreja possuía grande poder regulador na vida das pessoas, especialmente no que se referia a valores morais. O clero se mostrava extremamente rígido, não admitindo, por exemplo, que o casamento fosse dissolvido, o que era contra os preceitos religiosos. As pessoas unidas pelo matrimônio assim deveriam permanecer até a morte. Os filhos deviam ser gerados sempre com cônjuge na constância do casamento e, se não o fossem, eram duramente discriminados, não só pela Igreja, mas pela sociedade em geral.⁸

O Estado, por sua vez também era influenciado pela Igreja, que acabava por refletir na legislação, como é facilmente constado no Código Civil de 1916, que não acolhia a possibilidade de dissolução do casamento, considerava a mulher como sendo relativamente incapaz e usava termos discriminatórios para filhos havidos fora do matrimônio.⁹

O afeto era praticamente desconsiderado, em favor – ou desfavor – da manutenção do casamento, não era admitida a relação extraconjugal e muito menos eram admitidos filhos resultantes dessa relação. Se isso ocorresse, esses filhos seriam rigorosamente rechaçados pelo meio onde viviam.¹⁰

No modelo patriarcal havia pouco ou quase nenhum espaço para o afeto. A família do código Civil de 1916 era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista que colocava a instituição em primeiro lugar. Uma vez que, o homem direcionava sua vida para a manutenção e o fortalecimento dessa

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.v.6

⁸ VENOSA, op.cit.

⁹ VENOSA,op.cit.

¹⁰ VENOSA, op. cit.

instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.¹¹

Com a industrialização, as famílias foram deixando de ser predominantemente rurais. A chegada das indústrias influenciou bastante o cotidiano dos núcleos familiares, que foram abandonando o campo e indo trabalhar nas fábricas. As mulheres também foram ganhando seu espaço e mesmo que ainda desvalorizada perante o homem, ingressaram no mercado de trabalho e começaram a contribuir financeiramente, foi a partir daí que começaram a ganhar reconhecimento e a estrutura predominantemente patriarcal foi perdendo força.¹²

Ultrapassadas tais definições, tais situações se tornaram inaceitáveis e as famílias foram se modificando, tomando novas formas, deixando aos poucos de ser absolutamente patriarcais. As mulheres se mostraram cada vez mais independentes e capazes de gerenciar uma família, saíram de casa e buscaram meios de ajudar no sustento do lar, dos filhos e de si próprias, ocupando, por muitas vezes, o *status* de chefe de família. Os casamentos infelizes foram se desfazendo e novas famílias foram se formando. Pessoas passaram a conviver juntas e a ter filhos independente da constância do matrimônio.

Os relacionamentos fora do casamento nunca deixaram de existir e os filhos havidos desses relacionamentos cada vez mais buscavam ser reconhecidos pelo pai.¹³

Estas transformações relacionais esquematizaram os traços marcantes de uma nova família. A pós-modernidade fez cair em crise a família nuclear, tradicional, de natureza patriarcal típica que existiu até meados do séc. XX. Verifica-se um aumento do número de divórcios e uniões estáveis. Esta família tende a se manter

¹¹ COSTA, Ana Surany Martins. *Filiação socioafetiva: Uma dimensão afetiva das relações parentais*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=381>>. Acesso em 20 de abril de 2010.

¹² COSTA, Ana Surany Martins. *Filiação socioafetiva: Uma dimensão afetiva das relações parentais*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=381>>. Acesso em 20 de abril de 2010.

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 39ª edição, por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009.

invulnerável até os fins do séc. XX. A segunda metade deste século, porém, verá triunfar sobre o modelo hierárquico o modelo associativo, de nítido corte igualitário. Não há mais a indiscutida supremacia do marido-pai, uma atividade puramente doméstica da esposa-mãe nem uma absoluta submissão dos filhos, que passam a ter participação na tomada de decisões familiares. Ao mesmo tempo em que o homem perde a primazia na divisão do produto social, a mulher emerge da reclusão do labor doméstico e alcança posições privilegiadas na vida profissional e intelectual. Como resultado, pulverizam-se na família nuclear as funções estereotipadas, a ordem preestabelecida experimenta uma justaposição das funções e o homem tem maior participação na esfera doméstica. Expande-se a idéia de que ao direito não compete intervir para atribuir funções, direitos e deveres de um gênero determinado, como faziam os arts. 233-239 e 240 -255 do antigo Código Civil.[...]¹⁴

Todas essas evoluções e transformações nas relações familiares, por longos anos, foram acontecendo, sem qualquer regularização legal. Lentamente, os legisladores, percebendo que não era mais adequada tal situação, passaram a legislar de maneira a estabelecer, ainda que timidamente, uma luta social que culminou na promulgação da Carta Magna.¹⁵

Aponta muito bem Maria Berenice Dias quando se refere à importância da Constituição Federal de 1988, para regularizar as situações familiares: “Raras vezes uma constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como fez a Constituição de 1988.” E realmente muitas foram as modificações introduzidas pela chamada Constituição Cidadã.¹⁶

A Constituição Federal de 1988 abrangeu grande parte das modificações sócio-culturais que aconteceram no decorrer do século XX, fazendo desaparecer termos depreciativos relativos aos filhos havidos fora do casamento, equiparando-os com os filhos até então chamados legítimos, fazendo assim esvanecer essa distinção terminológica, concebendo assim a isonomia entre os filhos. Também deve ser lembrado o reconhecimento da

¹⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.58.

¹⁵ GRISARD FILHO. Op.cit.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Novos tempos, novos termos*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=121>>. Acesso em 23 de abril de 2010.

igualdade entre marido e mulher, o amparo às uniões estáveis e a constituição da família monoparental.¹⁷

A constitucionalização das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – também acabou ocasionando mudanças na própria estrutura da sociedade. Mudou significativamente o conceito de família, afastando injustificáveis diferenciações e discriminações, que não mais se justificam em uma sociedade que se quer democrática, moderna e livre. O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na própria conformação de família, palavra que não mais podem ser utilizada no singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões, como “ilegítima”, “espúria”, “adulterina”, “informal”, “impura”, estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas na esfera da juridicidade, tanto com referência às relações afetivas, como no tocante aos vícios de parentesco. Quer o conceito de família, quer o reconhecimento dos filhos, não mais admitem qualquer adjetivação.¹⁸

O código Civil de 2002 veio a nivelar-se com a Constituição Federal, abordando e atualizando aspectos já observados pela Carta Magna desde 1988 e que no Código Civil permaneciam antiquados e descabidos, em vista da sociedade atual. Não era mais concebível a diferenciação de direitos entre homens e mulheres, nem mesmo as preconceituosas distinções entre filhos, razão pela qual foram equiparados direitos entre homens e mulheres e, inevitavelmente, também foram equiparados deveres e responsabilidades, o que comprova a evolução da sociedade.

Adveio o Código Civil, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais – é bem verdade – , procurando adaptar-se à evolução social e dos costumes, observada com maior ênfase nos anos que circundaram a passagem do milênio, e também incorporando as mudanças legislativas sobrevindas no período.¹⁹

¹⁷ MONTEIRO, *Curso de Direito Civil: Direito de Família*.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Novos tempos, novos termos*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=121>>. Acesso em 23 de abril de 2010.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

A família contemporânea é o resultado de toda a evolução do homem, ela se modificou ao mesmo tempo em que o homem mudou seus costumes, sua cultura, suas características em geral. A noção de família foi se adaptando a tudo isso e evoluindo ao mesmo passo que a sociedade.²⁰

O Código Civil atual, infelizmente, não abordou todos os tópicos necessários. Muitas questões ficaram pendentes e abstratas, como o caso da reprodução assistida, minimamente mencionada no corpo do texto legal, não havendo normas que a regularizem. No que diz respeito à questão do biodireito e o progresso da ciência, o Código Civil permanece bastante omissivo. Em contrapartida, aspectos importantes foram percebidos pelo legislador, um deles foi a regularização da união estável, bem como o reconhecimento das famílias monoparentais, tema analisado no próximo item.

1.2 Família monoparental

A família é o que dá suporte a todo indivíduo, chamada por muitos de porto seguro é a base da sociedade, como define a Constituição Federal de 1988. Inegavelmente, no entanto, o termo família tem se expandido muito nos últimos tempos, deixando de lado aquele conceito fechado e absoluto de que era formada a partir do casamento de um homem com uma mulher e com o conseqüente nascimento dos filhos oriundos desse matrimônio.

Os tempos mudaram, as pessoas mudaram seus costumes, conceitos, ideias, mudaram a forma de ver o mundo e de se relacionar umas com as outras. Hoje é comum ver núcleos familiares formados pela mãe e pelos filhos, ou pelo pai e pelos filhos, por um casal sem filhos, ou tantas outras possíveis

²⁰ SAPKO, Vera Lúcia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

constituições, sejam estas justificadas por questões relativas a abandono, as separações, a morte de um dos entes da família ou por opção pessoal.

As famílias que são formadas apenas por pai e filhos, ou mãe e filhos, são chamadas famílias monoparentais, e encontram subsídio constitucional no artigo 226, § 4º.²¹

As famílias monoparentais sempre existiram, mas foi a partir da década de 60 que ganharam maior dimensão. São, na maioria das vezes, decorrentes de divórcios, ocasião em que um dos genitores assume a responsabilidade de criar seus filhos, em número maior essa responsabilidade é conferida pela mulher, que tem a incumbência muitas vezes de exercer um papel duplo, o de ser mãe e pai.²²

Nessa década, houve um grande aumento delas, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa. Uma década mais tarde o mundo todo se via diante de uma crescente expansão dessa forma de instituição familiar. O Brasil, como não poderia ser diferente, também sentiu esse crescimento da família monoparental, a qual foi reconhecida pela Carta Constitucional de 1988, que passou a amparar esta instituição, que deixa de existir somente no mundo fático e passa a também existir juridicamente.²³

Na antiguidade a monoparentalidade não era vista com bons olhos na maioria das vezes, pois geralmente eram originárias de divórcios ou de relações extraconjugais. As mães solteiras eram repulsadas na sociedade, que não admitia um filho gerado por um pai e uma mãe que não fossem casados. A ideia de família monoparental era vista como uma derrota íntima. Hoje o que ocorre é que não existe mais tanto preconceito em relação a isso, a sociedade está cada vez mais liberal, e a família monoparental é muito comum, seja ela decorrente de um divórcio, do nascimento de uma criança sem que os pais

²¹ “**Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. **§ 4º** - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. *BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.*

²² SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. *Família monoparental brasileira*. Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2010.

²³ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. *Família monoparental brasileira*. Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2010.

tenham se casado – e que só um deles assume a responsabilidade de criar o filho – , seja oriunda do falecimento de um dos pais ou até mesmo por opção.²⁴

A Constituição brasileira, no art. 226 § 4º estabelece como uma das formas de constituição de família, a comunidade constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes. Esse texto vem refletir uma realidade social, especialmente nos grandes centros urbanos, que são as pessoas solteiras ou descasadas, que vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência do parceiro amoroso. São as famílias chamadas monoparentais.²⁵

Como já referido, a família monoparental tem vários fatores geradores, seja pelo divórcio, pelo falecimento de um dos cônjuges, pela opção própria de uma pessoa de, sozinha, sustentar e dar educação a uma criança ou ainda pelo fato do pai não ter assumido suas atribuições, buscando omitir-se da responsabilidade de ter um filho. Independente do que ocasiona a monoparentalidade, um aspecto relevante se estabelece em relação à educação, às condições econômicas e psicológicas dessa criança, criada e educada por apenas um dos pais.²⁶

Geralmente a mãe assume esse duplo papel de ser mãe e pai, bem como a dupla jornada de cuidar e educar os filhos, cuidar da casa e ao mesmo tempo ter que trabalhar fora para sustentá-los faz com que por vezes essas famílias monoparentais passem por dificuldades financeiras, não que isso não ocorra nas outras formas de famílias, mas é ainda mais provável em uma família formada por apenas um adulto que trabalha e uma ou mais crianças que precisam ser sustentadas. A mulher, apesar de ter conquistado seu espaço no mercado de trabalho, exercendo até mesmo funções idênticas às desenvolvidas por trabalhadores do sexo masculino, recebe menor remuneração pelo que faz. Por conseguinte, tem sua renda reduzida e, diante

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 52 e 53.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

da situação de chefe de família, é natural – ou comum – passarem tais famílias por dificuldades.²⁷

Dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) apontam o crescimento no Brasil da família monoparental, entre os anos de 1997 e 2007, mostrando também que a maioria das famílias monoparentais brasileiras são chefiadas pela mãe, embora o número de famílias monoparentais masculinas tenha tido um pequeno crescimento, como se pode observar:

Em 2007, em 50,5% das famílias com filhos, estes eram menores de 16 anos. De 1997 a 2007, entre as famílias com todos os filhos menores de 16 anos, cresceu a proporção do tipo monoparental (com a presença de apenas um dos cônjuges): de 19,2% para 21,8%, o que é coerente com os dados do registro civil sobre o aumento das separações conjugais. O percentual das famílias monoparentais masculinas teve também um ligeiro crescimento, de 7,8% para 9,8% (de 278 mil famílias em 1997 para quase 445 mil em 2007).²⁸

No que tange à psicanálise, é importante verificar se as famílias monoparentais compõem de fato uma família, se cada membro exerce seu papel, ou seja, se o pai ou mãe, mesmo que não biológicos cumprem suas incumbências e responsabilidades frente à criança. Para a formação da personalidade da criança, o que é fundamental é que a criança tenha uma base que a ampare, proteja, eduque, independente de quem seja seu pai ou mãe, ou até mesmo qualquer pessoa que cumpra esse papel, que seja referência da criança, podendo ser um irmão mais velho, uma tia, os avós, alguém que ocupe o lugar de pai ou mãe quando da falta de um destes.²⁹

A monoparentalidade pode se dar de diversas formas seja ela pelo divórcio, pela viuvez, pela adoção de uma criança por uma pessoa solteira ou

²⁷ DIAS, *Manual de direito das famílias*.

²⁸ IBGE, *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=1233> Acesso em: 22 de maio de 2010.

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 53, 54.

ainda através de reprodução assistida, estas são algumas das formas pelas quais surge a família monoparental.³⁰

Como visto anteriormente, muitas são as razões que dão origem às famílias monoparentais. Se faz importante, neste momento, voltar um olhar atento a cada uma delas.

Quando da ocorrência do divórcio, um dos pais deixa o lar e o outro (na maioria das vezes) permanece, com a guarda dos filhos menores, em geral a mãe. O genitor que não vive com a criança passa a ter o direito a visitas e o dever de contribuir no sustento dos filhos, quando possível.³¹

A monoparentalidade decorrente da viuvez, advém quando um dos cônjuges morre, recaindo assim ao cônjuge sobrevivente a tarefa de, sozinho, criar e educar os filhos.³²

Já no caso de formação de uma família monoparental por meio de adoção o que acontece é que uma pessoa maior e capaz decide adotar uma criança, mesmo sendo solteiro/a. A questão da possibilidade de uma criança ser adotada por uma pessoa solteira se justifica, entre outros fundamentos, pelo fato de haver incontáveis crianças que aguardam para serem adotadas e finalmente possuírem uma família, mesmo que monoparental.³³ Tal possibilidade está prevista no artigo 42 do Estatuto e do Adolescente (ECA).³⁴

Existe também a hipótese em que a pessoa deseja permanecer solteira, não casar ou manter uma relação estável, o que vem acontecendo de forma crescente em nossa sociedade, essas pessoas, porém, podem almejar ter um filho, constituir uma família sem a intenção de, para tanto, se vincular a outra. Também não querem recorrer à adoção para tanto, assim, uma alternativa disponível atualmente são as técnicas de reprodução assistida.³⁵

³⁰ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. *Família monoparental brasileira*. Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2010.

³¹ DIAS. *Manual de direito das famílias*.

³² DIAS, *Manual de direito das famílias*.

³³ DIAS, op. cit.

³⁴ “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil”. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*.

³⁵ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. *Família monoparental brasileira*. Revista Jurídica. Disponível em:

A reprodução assistida pode se dar de duas formas, reprodução assistida heteróloga e reprodução assistida homóloga. Na primeira o material genético utilizado pertence ao casal, enquanto na segunda o material genético pertence a uma terceira pessoa desconhecida, distinção que será melhor abordada no próximo capítulo. O que é importante nesse momento é saber que a monoparentalidade pode ser originária dessa forma de concepção, que não envolve um ato sexual. Essa modalidade é bastante questionada por boa parte da doutrina que defende o fato de que existem muitas crianças nas filas da adoção à espera de uma família, defendendo que a postura adotada por essas mães, que buscam a reprodução assistida heteróloga para ter um filho, é extremamente egocêntrica.³⁶

A família monoparental se extingue quando ocorre o falecimento do genitor ou quando os filhos formam novas famílias. Quando ocorre qualquer uma das duas circunstâncias, mesmo que na primeira haja tutor para os filhos menores de idade, não há mais incidência de monoparentalidade.³⁷

Por outro lado há de se observar que o planejamento familiar está assegurado na Carta Magna de 1988, em seu artigo 226, § 7º³⁸, e não apresenta limites neste aspecto, estando a pessoa, assim, livre para decidir a respeito da forma que constituirá sua família, desde que busque sempre o melhor para a criança e lhe ofereça o amor e o carinho necessários, além de condições para um crescimento digno e saudável. A monoparentalidade não é impedimento para que estes requisitos sejam alcançados. O que vale de fato é a criança crescer e viver em um meio saudável, rodeada de amor, compreensão, dedicação e afeto. Independente de quem seja seu pai e sua mãe, sejam eles biológicos ou adotivos, seja uma mãe solteira ou um pai

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>.

Acesso em 14 de maio de 2010.

³⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

³⁷ LÔBO, *Famílias*.

³⁸ "Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas." *BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.*

solteiro, ou qualquer outra pessoa que cumpra esse papel, de ser pai ou mãe, o que é relevante é o respeito e o afeto que os une.³⁹

A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, prevê que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, e não apenas do casal, como referido na Constituição. Para os fins dessa lei, entende-se planejamento familiar como conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Planejamento familiar, de origem governamental, é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.⁴⁰

Importante destacar que famílias monoparentais não são sinônimos de famílias sem estrutura, a falta de um dos genitores não significa que o outro genitor não suprirá de maneira satisfatória essa falta, dando amor, afeto, educação ao filho. Certamente os laços afetivos são de extrema importância na construção do caráter de uma criança, não importando qual o motivo gerador da monoparentalidade, se foi em decorrência de um falecimento, de um divórcio ou se foi por opção própria do genitor de criar sozinho esta criança. Esta estrutura de família, juntamente com a família socioafetiva – tema do próximo tópico – integram as novas formas de família moderna.

1.3 Paternidade Socioafetiva

Com a evolução da sociedade e conseqüentemente a modificação da estrutura das famílias, que deixaram de ser predominantemente patriarcal, o

³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.2009. p,197.

afeto foi ganhando lugar de destaque. As relações familiares não se embasaram mais exclusivamente no matrimônio e sim no afeto, na afinidade entre as pessoas que fazem parte dessa entidade. Um pai que cuida, dá amor, carinho, educação, sustento, enfim, que tem responsabilidades com um filho como se seu fosse, mesmo sabendo que esta criança é filha de outro homem, é o chamado pai socioafetivo.

A partir do reconhecimento de novas formas de famílias, pela Constituição Federal de 1988, instituindo a igualdade entre os filhos e vedando qualquer discriminação em razão da ascendência desta criança, a família moderna começa a dar preferência e estima ao afeto. O carinho e o amor entre os membros da família passam a ser considerados mais importantes que os vínculos genéticos, ou a forma de instituição familiar, seja ela originada pelo casamento, seja monoparental, ou união estável, entre outras. O que possui relevância é o sentimento que une as pessoas.⁴¹

A paternidade socioafetiva se caracteriza pelo convívio entre os indivíduos, pelo trato de uma criança para com um homem como se seu pai fosse e vice versa, pelo carinho dedicado, pela educação e formação de caráter, pela responsabilidade e preocupação com o desenvolvimento dessa criança. É um pai não biológico, que se comporta como se pai fosse de uma criança, e essa criança sentir-se no estado de filho desse “pai”.⁴²

Convive-se atualmente com a realidade de que a filiação não é mais determinada apenas pelos laços biológicos, mas sim provém da vivência, do carinho, da dedicação e do respeito, decorre do trato, do afeto. Antigamente, quando ainda não havia toda essa tecnologia disponível a exemplo do que hoje ocorre, a paternidade era presumida, o pai era o marido da mãe, os tempos mudaram e apesar do aprimoramento da ciência e da possibilidade de se saber quem é o pai biológico através de exames de DNA, essa filiação biológica não mais impera. A própria Carta Constitucional de 1988 ampara outras formas de famílias e não mais somente as famílias decorrentes de matrimônio. Reconhece e protege também as famílias que se formam pela união de

⁴¹ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas Conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁴² DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

pessoas que através da força do afeto simplesmente vivem juntas, sem serem casadas, por exemplo.

Demarcando seu conceito, a afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que resultam a natureza cultural e não apenas biológica da família.⁴³

Como se percebe, o princípio da afetividade é de suma relevância, pois consiste em privilegiar relações estáveis, e saudáveis em face dos laços unicamente biológicos, devendo, portanto, tal princípio, sempre ser levado em consideração, observando o que é melhor para a criança. Não se pode desprezar os laços de afeto criados entre pais e filhos socioafetivos, deve-se sim proteger essa entidade familiar em prol do bem estar da criança, o estado de filho não depende unicamente da origem biológica.

Seria um equívoco dizer que atualmente a entidade família socioafetiva tem menor relevância que as famílias ligadas pelos laços do sangue. As famílias biológicas não possuem mais lugar de destaque exclusivo na sociedade moderna, haja vista que as famílias monoparentais vêm ocupando cada vez mais espaço, e possuindo mais e mais importância em virtude inclusive de situações adversas às legalmente instituídas, mas sim em decorrência de circunstâncias originadas por fatores diversos ocorrente na vida dos indivíduos.⁴⁴

A detenção da posição de filho se baseia em três nortes fundamentais: nome, trato e fama, que sucintamente podem ser entendidos da seguinte

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, 2007. p.8.

⁴⁴ SIMÕES, Thiago Vargas. *A família afetiva - O afeto como formador de família*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em 24 de jun. de 2010.

maneira: no que concerne ao nome, é o que identifica simbolicamente um indivíduo como pertencente a uma determinada linhagem, é o sobrenome ou apelido de família. O trato se refere à relação entre pai e filho, um sentimento que um tem pelo outro independente de não serem atrelados a vínculos biológicos. Em se tratando da fama, é a forma como a sociedade vê esta relação paterno-filial, é o jeito como a coletividade os percebe.⁴⁵

Desta forma, considerando um caso hipotético, não raro de acontecer, onde ocorre a união de um homem e uma mulher seja por casamento ou união estável em que a mulher traga para esta relação um filho gerado por outro homem que não o seu companheiro atual, e este por sua vez acolhe a criança e passa a tratá-la como seu filho, dando-lhe amor, carinho e educação, inclusive registrando esta criança como se fosse seu descendente. No caso de uma eventual separação do casal, este pai querendo anular o registro de nascimento desta criança onde figura como pai, nem sempre sairá vitorioso, o que não ocorreria antes da promulgação do Código Civil de 2002, onde certamente este registro seria anulado.⁴⁶

Para que haja a paternidade socioafetiva é necessário o preenchimento de dois requisitos: não pode existir vício de consentimento, ao registrar uma criança como seu filho, o homem deve saber que esta criança é filha de outro homem e mesmo assim querer por livre vontade registrá-la como sua. Outro requisito é que este homem trate a criança como sendo seu filho, possuindo responsabilidades para com esta, cuidando e dando afeto, ao mesmo passo que a sociedade também os veja como pai e filho.⁴⁷

O que é levado em conta, quando se nega a pretensão do pai socioafetivo em anular o registro civil do filho, tem por base o fato de que a criança já construiu uma identidade como sendo filho do pai que o registrou, não podendo assim a seu bel prazer simplesmente anular o registro desta criança.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 39ª edição, por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁷ MONTEIRO, *Curso de Direito Civil: Direito de Família*.

Exemplo disso se observa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível nº70034083360⁴⁸, onde o desembargador André Luiz Planella Villarinho, votou pela improcedência da apelação que pleiteava a negatória de paternidade, em virtude de haver laços de afetividade constituídos, e de restar demonstrada a inexistência de vício de consentimento por parte do apelante, que registrou o filho como sendo seu, de livre e espontânea vontade. Dessa forma devendo prevalecer a verdade socioafetiva em detrimento da verdade biológica.⁴⁹

Com base na jurisprudência acima citada, denota-se que é imprescindível que haja prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho, para que se efetue a retificação no registro civil de nascimento do filho socioafetivo. Da mesma forma que não é possível a desobrigar o pai socioafetivo a manter seu dever de assistência alimentar e financeira ao filho socioafetivo em caso que não existir prova contundente de ausência de vínculo socioafetivo, o qual é predominante ao vínculo biológico.

Já no julgamento da apelação cível nº70027955624⁵⁰ da oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o voto do desembargador Claudir Fidélis Faccenda foi no sentido de não dar provimento à apelação que pleiteava o reeditamento do pedido que fora formulado na reconvenção, buscando a desconstituição da paternidade, uma vez que não haviam laços

⁴⁸ BRASIL.Apelação Cível Nº 70034083360, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 12/05/2010. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2010.

⁴⁹ “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O REGISTRO DECORREU DE ERRO DE CONSENTIMENTO. VERDADE REGISTRAL QUE DEVE PREVALECER SOBRE A VERDADE BIOLÓGICA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho, ambas situações ausentes no recurso em exame. Ausente prova da ocorrência de erro de consentimento na elaboração do registro do réu, assim como demonstrada nos autos a filiação socioafetiva estabelecida entre autor e réu, o princípio da paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO”. BRASIL, *TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL*, .Apelação Cível Nº 70034083360, Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 12/05/2010. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2010.

⁵⁰ BRASIL.Apelação Cível Nº 70027955624, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidélis Faccenda, Julgado em 19/02/2009). Disponível em<<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2010.

afetivos entre suposto pai que registrou a criança, mediante ameaça e que posteriormente foi provado através de exame de DNA não se tratar de filho biológico, logo, não existia qualquer vínculo socioafetivo nem mesmo biológico. A criança jamais conviveu com o pai que o registrou e não possui qualquer apego para com este.⁵¹

O caso concreto apresenta a ausência de um requisito de suma importância, qual seja o vínculo socioafetivo, sem o qual se torna inviável constar na certidão de nascimento de uma criança o nome de um pai que não é biológico nem mesmo socioafetivo. Dessa forma o mais apropriado é modificar este registro. Com o registro modificado esta criança pode até mesmo buscar seu verdadeiro pai, se assim desejar.

O vínculo socioafetivo é realmente forte, visto que a ligação de afeto e confiança deve predominar sobre os laços biológicos. O amor daquele que reconhece como seu um filho, mesmo sabendo não ser seu biologicamente, não pode ser desconsiderado jamais, o que ocorre em várias situações. Quando um homem une-se a uma mulher que está grávida de outro homem, e mesmo sabendo disso dedica a essa criança todo carinho e amor como se sua fosse, ou até mesmo em casos de reprodução artificial heteróloga, quando dá o consentimento para sua companheira ou esposa para que se submeta a tal técnica.

⁵¹ “**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RECONVENÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME. DNA. AUSÊNCIA DE AFETIVIDADE ENTRE PAI REGISTRAL E FILHO. ANULAÇÃO DE REGISTRO. POSSIBILIDADE. A manutenção da paternidade registral, não biológica, mesmo quando firmada de forma voluntária, só se justifica quando existente relação de socioafetividade entre as partes. Ausente, no caso concreto, qualquer vínculo **socioafetivo** entre pai e filho, o registro de nascimento do menor deve ser modificado, até mesmo para possibilitar que ele busque sua verdadeira filiação. RECURSO PROVIDO.” BRASIL. *TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL*. Apelação Cível Nº 70027955624, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 19/02/2009) Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2010.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA

O segundo capítulo tem a finalidade de discorrer acerca das técnicas de reprodução humana, diferenciando reprodução assistida homologa da reprodução assistida heteróloga. Será abordado também, sobre o aspecto do anonimato do doador de material genético, ressaltando a sua irresponsabilidade afetiva e de sustento do filho gerado através do uso de seu material genético. Também neste capítulo será discorrido sobre as regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina sobre o uso das técnicas de reprodução humana assistida.

2.1 Técnicas de reprodução humana

A reprodução assistida se apresenta como uma solução para casais que desejam ter filhos e encontram-se impossibilitados pelas vias naturais. Existem variadas técnicas de reprodução assistida que podem ser utilizadas para tal finalidade, o casal, amparado pelo médico, optará pela mais indicada e apropriada a cada caso.

A reprodução assistida veio para solucionar o problema de milhares de pessoas estéreis, que sonhavam em ter filhos. A esterilidade, no passado, era causa de desgraça em muitos casamentos, já que o principal objetivo do casamento era ter filhos a fim da perpetuação da linhagem da família, podendo ser até motivo para a anulação do casamento.⁵² Foi, também, por longo tempo atribuída exclusivamente às mulheres, já que nem se cogitava a hipótese do homem poder ser estéril, as mulheres que não eram capazes de engravidar eram repudiadas e a condição de não gerar filhos era tida como castigo. Esta situação perdurou por muito tempo. Somente no final do século XVI, graças à invenção do microscópio por Leenwenhoek, começaram os estudos acerca da

⁵² FERRAZ. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

esterilidade. Em 1677 se começou admitir a probabilidade de esterilidade masculina, dada a ausência ou escassez de espermatozóides, afirmação feita por Johann Ham.⁵³

Conforme Eduardo de Oliveira Leite, o fato de uma pessoa ser estéril não atinge somente a ela, pois a esterilidade além de abalar o psicológico dessa pessoa, também acaba afetando sua companheira, ou companheiro. O casal vive junto esta frustração, já que o homem padece por não poder oferecer à mulher a possibilidade de ser mãe, além do mais este se vê privado de desempenhar o seu papel reprodutor, provocando desordens psíquicas. A mulher por sua vez se vê impedida de realizar o sonho de ser mãe, biologicamente falando, de ter em seu ventre uma vida sendo gerada. “Com efeito, a esterilidade priva-a de três sensações insubstituíveis: a gravidez, a criança e o estado de mãe”.⁵⁴

Para solucionar a impossibilidade de procriar, vários estudos foram realizados. No século XX, aconteceram grandes descobertas no campo da biológica. A partir da descoberta das leis de Mendel e dos estudos de Morgan despertou-se o interesse pelas pesquisas biológicas, cujo marco, no que diz respeito à engenharia biológica foi o trabalho apresentado por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, descobridores da estrutura do DNA. Da engenharia biológica, conjunto de técnicas para leitura e manipulação do código genético, foi possível evoluir para a reprodução assistida, conjunto de técnicas para superar a esterilidade.⁵⁵

A infertilidade pode ser tanto masculina como feminina e em ambos os casos sua ocorrência causa abalos psíquicos. Suas causas são variadas, dentre as quais podem, sucintamente, ser citadas a protelação das mulheres em engravidar em virtude da vida profissional, o uso prolongado de anticoncepcionais ou infecções e doenças sexualmente transmissíveis, além do

⁵³ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Edição ano 2003, 6ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵⁴ LEITE. Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

⁵⁵ FERRAZ. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2009. p.42.

estresse, apontado como grande contribuinte nas causas de infertilidade tanto feminina quanto masculina.⁵⁶

Para o direito existem duas formas de impotência que são denominadas como impotência coeundi e impotência gerandi. A primeira é decorrente de problemas físicos ou psíquicos que impossibilitam o ato sexual, ocorrendo tanto no homem como na mulher. A impotência coeundi, ou impotência para a conjunção, é causada pela má formação do órgão sexual ou lesões nos mesmos. Por muito tempo foi tida como impossibilidade para ter filhos, porém, atualmente, em decorrência dos progressos da ciência, pode-se utilizar de cirurgias para correções dessas imperfeições e também para a reprodução assistida. Surge como agente benéfico aos casais que desejam ter filhos e passam por estes problemas. Já a impotência gerandi é a incapacidade para procriar, neste caso o problema não está no aparelho reprodutor, mas sim na esterilidade em qualquer um dos cônjuges, que também pode ser corrigida através de cirurgias.⁵⁷

Diante das impossibilidades acima mencionadas, agregados outros variados motivos que impedem a procriação através de métodos convencionais, o sonho de ter filhos pode se tornar realidade por meio das técnicas de reprodução assistida, o que surge como uma esperança para a realização desse objetivo, podendo utilizar a técnica de reprodução assistida mais apropriada ao caso concreto, onde algumas passam a ser expostas a seguir:⁵⁸

a) Reprodução humana assistida por meio de inseminação artificial (IA)

A reprodução humana assistida através de inseminação artificial, método mais antigo de fertilização, é recomendado nos casos de irregularidades no sistema reprodutor masculino bem como em casos de

⁵⁶ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Edição ano 2003, 6ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵⁷ LÔBO Paulo. *Famílias*. 2 edição – São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁸ FERRAZ. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

modificações de ordem orgânicas na mulher, é um procedimento tido como não muito complexo, sendo o mais utilizado dentre as diversas técnicas de reprodução assistida.⁵⁹

Este método de reprodução assistida compreende em não utilizar o ato sexual para a fecundação, que ocorre por meio da junção do sêmen ao óvulo, substituindo este pela colocação de esperma diretamente na vagina, no colo do útero ou no útero propriamente dito.⁶⁰

Houve um aumento no emprego deste método após 1932, pois foi a partir de então que se pode definir com uma precisão maior o período fértil da mulher, aumentando assim as chances de sucesso do emprego da técnica.⁶¹

Existem vários métodos de inseminação artificial. Maria Helena Machado, em se tratando das que são desempenhadas no aparelho reprodutor feminino, elenca as seguintes:

- a) (IA) Inseminação artificial intrauterina – os espermatozóides são depositados diretamente dentro da cavidade uterina.
- b) (IA) Inseminação artificial intravaginal – é injetado o esperma fresco no fundo da vagina através de uma seringa plástica.
- c) (IA) Inseminação artificial intracervical – se constitui no depósito de pequena quantidade de esperma contido em um capilar, no interior do colo do útero. O capilar é retirado do azoto líquido um pouco antes da inseminação e reaquecido rapidamente. O restante do esperma é aplicado através de um “tampão cervical” que é retirado posteriormente.
- d) (IIP) Inseminação artificial intraperitonal – os espermatozóides são introduzidos diretamente no líquido intraperitonal através de uma injeção aplicada na cavidade abdominal para que as próprias trompas capturem os espermatozóides fazendo-os seguirem m caminho inverso ao natural, chegando as trompas de Falópio diretamente.⁶²

Para que seja possível a utilização da técnica de inseminação artificial é imperioso que se faça a utilização de hormônios para que haja uma

⁵⁹ MACHADO. Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Edição ano 2003,6ªtiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

⁶⁰ MACHADO, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

⁶¹ FERRAZ, *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e origem genética sob a perspectiva da repersonalização*.

⁶² MACHADO. Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Edição ano 2003,6ªtiragem. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36.

estimulação ovariana, o uso de hormônios precisa ser controlado para que não ocorra gravidez múltipla.⁶³

b) A reprodução humana assistida por meio de fertilização *in vitro*

A reprodução humana assistida através de meio de fertilização artificial *in vitro* é utilizada por casais que buscam ter filhos porém não obtém êxito na concepção, ainda que possuam material genético em perfeitas condições. Nesse caso o embrião é desenvolvido laboratorialmente com a utilização de material genético do casal ou seja, o óvulo da mulher, quando já fecundado pelo espermatozóide do seu companheiro, será transferidos para o útero da mulher.⁶⁴

A primeira utilização com sucesso deste método ocorreu no ano de 1978 graças a Steptoe e Edwards. Com o nascimento de Louise Brown, primeiro “bebê de proveta”, a técnica se tornou popular.⁶⁵

O Brasil registrou no ano de 1984 o primeiro caso bem sucedido de fertilização *in vitro*, em São Paulo, pela equipe Nakamura, com o nascimento da menina Ana Paula.⁶⁶

A técnica de fertilização *in vitro* também é conhecida como Fivete, e requer várias etapas até sua finalização, iniciando com a realização de vários exames pelo casal e, após, com procedimentos de indução a uma superovulação através do uso de medicamentos adequados para este fim. Após, é feito um procedimento objetivando a retirada destes óvulos através de punção, os óvulos passam por uma série de procedimentos até finalmente serem alocados em um tubo onde são colocados em uma incubadora para que aconteça a maturação. O esperma também passa por uma série de

⁶³ LEITE, Leonardo. *Inseminação artificial*. Disponível em <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_inseminacao.htm>. Acesso em 17 de jul.de 2010.

⁶⁴ VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo : Malheiros, 1997.

⁶⁵ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁶⁶ MACHADO, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

procedimentos até estar apropriado para a fecundação, após a qual o embrião é transferido ao útero materno.⁶⁷

Nesta modalidade de técnica de reprodução assistida é frequente a ocorrência de gravidez múltipla, enquanto na gravidez decorrente de meios naturais a perspectiva de isso acontecer é muito menor. A gravidez múltipla é mais freqüente quando se utiliza esta técnica, visto que são implantados no útero da mulher mais de um óvulo a fim de aumentar a probabilidade de êxito, no Brasil existe um limite em número de quatro óvulos a serem transferidos ao útero, para evitar, assim, uma gravidez que cause um risco grande à saúde da mãe e das crianças geradas.⁶⁸

A criança gerada através desta técnica de reprodução humana assistida não apresenta qualquer complicação biológica que tenha resultado pelo emprego desta modalidade de fertilização, se comparada com crianças fecundadas naturalmente, ao contrário do que muitos pensam, o que ocorre de diferente é que a probabilidade de gravidez múltipla é maior quando utilizada a técnica de fertilização *in vitro*.⁶⁹

c) A reprodução humana assistida com gametas – G.I.F.T.

Esta técnica se assemelha muito à técnica de fertilização *in vitro*, visto que os procedimentos iniciais são os mesmos. Também ocorre a estimulação da ovulação através de medicamentos, sendo, posteriormente, o óvulo feminino e o espermatozóide colhidos, preparados e colocados nas trompas de Falópio, quando se dará naturalmente a fertilização. Como se percebe, a fertilização se dá dentro do corpo da mulher e não fora, como no caso da fertilização *in vitro*, está aí o principal diferencial entre esta e a técnica anteriormente estudada, ademais os gametas são transferidos às trompas e não ao útero como ocorre na fertilização *in vitro*.⁷⁰

⁶⁷ MACHADO. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

⁶⁸ MACHADO. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁷⁰ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*.

A técnica de reprodução assistida com gametas é também conhecida como GIFT. Para que esta técnica, desenvolvida em 1984 pelo médico argentino Roberto Asch, surta os efeitos pretendidos é necessário que a mulher possua trompas de Falópio saudáveis.⁷¹

A utilização da técnica GIFT em comparação com a inseminação *in vitro* é de maior leveza no que se trata ao plano biológico, já que não haverá óvulos excedentes e o procedimento é consideravelmente rápido, não demorando mais que uma hora. Ao se observar o plano clínico, no entanto, percebe-se que esta técnica se apresenta de forma mais severa à paciente, uma vez que é necessária uma cirurgia para que sejam transferidos os óvulos e o espermatozoide da trompa.⁷²

d) Reprodução humana assistida com zigotos

Na reprodução humana assistida com zigotos, assim como na técnica de reprodução assistida com gametas, os procedimentos são muito semelhantes ao da fertilização *in vitro*. Da mesma forma ocorre a estimulação da ovulação através de medicamentos, posteriormente o óvulo feminino e o espermatozoide masculino são colhidos, a diferença principal surge quando ambos são preparados e colocados em contato fora do corpo da mulher, os óvulos fertilizados são colocados na trompa de Falópio.⁷³

Esta técnica é mais ágil e as possibilidades de gravidez múltipla são menores, em contrapartida, o êxito na utilização desta técnica é menor que nas anteriores.⁷⁴

⁷¹ MACHADO. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁷³ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*

⁷⁴ FERRAZ, op.cit

e) Reprodução humana através da gestação substituta

A reprodução humana através da gestação substituta se apresenta como forma de solucionar o problema de mulheres impossibilitadas de gestar realizar o sonho de ser mãe.⁷⁵

Este método de reprodução assistida também conhecido popularmente como “barriga de aluguel”, consiste em uma terceira pessoa interceder junto ao casal quando a mulher não tem condições biológicas de gerar o filho em seu ventre, neste caso, realiza-se a fertilização *in vitro* e se transfere o embrião ao útero de outra mulher.⁷⁶

A técnica de reprodução assistida através de gestação substituta é utilizada por mulheres que apresentam anormalidades severas, mulheres que não possuem o útero ou que não conseguem suportar a gravidez. Esta técnica é bastante questionada em relação a questões éticas, morais e jurídicas.⁷⁷

Conforme Zeno Veloso, a mãe de aluguel, após dar à luz a criança, deverá entregar a criança ao casal. Ressalta ainda Veloso que a prática de gestação substituta não pode ser onerosa, não podendo ser objeto de contrato em que vise onerar as partes, logo as expressões “mãe de aluguel” e “barriga de aluguel” seriam impróprias, já que não é permitido o pagamento pelo empréstimo do útero.⁷⁸

Há duas situações distintas que podem ocorrer quando do empréstimo do útero para gerar uma criança de uma terceira, são conhecidas como a mãe portadora e a mãe por substituição. A primeira consiste no empréstimo do útero simplesmente, essa mulher receberá embriões obtidos a partir de fertilização *in vitro* com material genético do casal que está recorrendo a esta técnica de gestação substituta. Na hipótese de mãe por substituição, a mulher, além de emprestar seu útero para gerar uma criança que posteriormente será entregue

⁷⁵ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.*

⁷⁶ RITANIA, Alejandra Ana. *Dossiê reprodução humana assistida.* Disponível em < <http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%EA%20Reprodu%E7%E3o%20Humana%20Assistida.pdf> > Acesso em: 19 de jun. de 2010.

⁷⁷ MACHADO. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos.*

⁷⁸ VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade.* São Paulo : Malheiros, 1997.

ao casal solicitante, também doará óvulos para que sejam inseminados com espermatozoides do marido da mulher que não pode ter filhos.⁷⁹

Com os avanços da ciência o dito popular de que “a mãe sempre é certa”, que se refere ao fato de que é possível haver dúvidas quanto à paternidade de uma criança, mas não com relação à maternidade, não pode mais ser utilizada como absoluta.⁸⁰

A reprodução assistida é, por muitas vezes, geradora de polêmicas e discussões. Ademais, no Brasil não existe qualquer lei proibindo ou regulando a prática de tal técnica de reprodução assistida o que causa ainda mais insegurança em relação a este método.⁸¹

2.2 Distinções entre reprodução assistida homóloga e heteróloga

Há alguns séculos experiências acerca da reprodução humana são realizadas e estudos são feitos. Os avanços nas descobertas sobre o assunto passaram a ser mais expressivos a partir da chamada Revolução Científica no século XVII e principalmente nos séculos XIX e XX.⁸²

A partir destes estudos cada vez mais a sexualidade passa a ser dissociada da reprodução humana como único meio para a procriação, em razão das novas técnicas de reprodução assistidas que passaram a ser estudadas e aplicadas, fazendo com que a ideia de que a gravidez somente poderia se dar através do ato sexual dos pais. Diante disso, a função da equipe médica, que se limitava a cuidar da saúde da gestante, hoje encontra um leque maior, podendo intervir na reprodução, manipulando material genético a fim de, artificialmente, fecundá-lo e implantá-lo na mulher,

⁷⁹ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

⁸⁰ VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo : Malheiros, 1997.

⁸¹ MACHADO. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

⁸² RITANIA, Alejandra Ana. *Dossiê reprodução humana assistida*. Disponível em <<http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%EA%20Reprodu%20Assistida.pdf>> Acesso em: 19 de junho de 2010.

sem a necessidade de haver qualquer atividade sexual entre esta e seu parceiro.⁸³

A reprodução assistida é dividida em homóloga e heteróloga, que ora passam a ser diferenciadas.

a) Reprodução assistida homóloga

A primeira notícia de inseminação artificial humana homóloga que consta na história advém da idade média, quando Arnaud Villeneuve, médico de reis e papas, teria realizado um procedimento de reprodução assistida homóloga com êxito.⁸⁴

O relato posterior de êxito em inseminação artificial homóloga ocorreu no final do século XVIII realizada por John Hunter, segundo subsídios de Marck Glezerman. Ainda segundo Glezerman, a primeira inseminação heteróloga, aquela que utiliza material genético de um terceiro, somente veio a acontecer no final do século XIX, realizada pelo médico ginecologista na Pancoast, na Pensilvânia.⁸⁵

A reprodução assistida homóloga consiste na manipulação de material genético da mulher e de seu companheiro por meio de técnicas específicas, ocorrendo a fecundação sem que seja necessário o ato sexual.⁸⁶

Esta técnica é utilizada por casais que em decorrência de alguma disfunção não conseguem engravidar pela forma natural, ou seja, através de relação sexual, esta forma de reprodução artificial encontra maior aceitação comum, haja vista que o material genético empregado é do próprio casal e somente é manipulado para que haja a fecundação, sendo, logo após, inserido novamente na mulher doadora do óvulo.⁸⁷

⁸³ MACHADO. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

⁸⁴ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

⁸⁵ GLEZERMAN, Apud LEITE, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*

⁸⁶ LÓBO. *Famílias*.

⁸⁷ VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*.

É preciso existir um consentimento livre de ambas as partes informando essa aceitação, procedimento utilizado para evitar futuras arguições de erros ou vício de vontade a fim de impugnar a filiação.⁸⁸

O uso do sêmen é permitido quando esta for sua vontade, porém, a fecundação poderá ocorrer também quando o varão for falecido, desde que este tenha deixado sua vontade manifestada de forma escrita.⁸⁹

Ao se observar o disposto no artigo 1.597 do Código Civil em seus incisos III e IV, se percebe que é conferida a paternidade de filhos havidos por inseminação artificial homóloga ao marido ou companheiro mesmo que este tenha falecido antes do nascimento da criança, haja vista que houve um consentimento prévio, tendo, o pai, por conseguinte, concordado com a paternidade, não importando a época de nascimento desta criança.⁹⁰

Cabe, contudo, ressaltar que mesmo sem a autorização escrita o filho não ficará sem pai, visto que poderá requerer em juízo o reconhecimento de paternidade através de ação de investigação de paternidade a fim de demonstrar os laços biológicos.⁹¹

A técnica de reprodução assistida homóloga não encontra grandes oposições, nem muitos questionamentos de ordem moral como ocorre na reprodução assistida heteróloga, haja vista que a primeira não necessita da intervenção de um estranho doador de sêmen para que seja realizada, o material empregado na inseminação artificial homóloga é exclusivo do casal.⁹²

b) Reprodução assistida heteróloga

Na reprodução assistida heteróloga o que ocorre é a fertilização que se dá a partir do óvulo da mulher com o esperma de um terceiro, desconhecido, ou seja o material genético masculino utilizado não é do seu marido ou

⁸⁸ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.*

⁸⁹ LÓBO, *Famílias.*

⁹⁰ FERRAZ. *op.cit.*

⁹¹ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.*

⁹² LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.*

companheiro. Todavia, o marido/companheiro deve ter ciência do procedimento bem como deve consentir sua execução.⁹³

Conforme Eduardo de Oliveira Leite, somente se recorre à técnica de reprodução humana assistida heteróloga quando a esterilidade é indiscutível, a esterilidade masculina pode se dar por diversos fatores, dentre os quais citam-se como mais comuns a ausência completa de espermatozoides, ou, no caso da existência destes, mas com produção alterada e, por conseguinte, comprometida.⁹⁴

Quando da ocorrência de reprodução assistida heteróloga, o marido que consentiu com a prática de tal técnica de inseminação não poderá posteriormente impugnar a paternidade. Essa paternidade não será biológica, mas sim socioafetiva, possuindo alicerce moral.⁹⁵

Seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente. Na verdade, o pai real é o doador do sêmen, em geral um personagem que fica no anonimato e que depositou o seu material em um banco de esperma. Mas esta circunstância é desprezada, para que prevaleçam os valores éticos da paternidade instituída pela reprodução assistida. Permitir que o marido venha depois a se arrepender, rejeitado sem piedade, o novo ser que, com a sua anuência, foi introduzido na família seria admitir um indecoroso e cruel *venire contra factum proprium*.⁹⁶

Os critérios para a utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga obedecem às regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal da Medicina, resolução brasileira 1358/92, “A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador

⁹³ VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*.

⁹⁴ LEITE, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

⁹⁵ VELOZO. *op.cit.*

⁹⁶ VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*.p. 151.

tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.”⁹⁷

A coleta do espermatozoides é realizada em laboratório, o material colhido é preparado e mantido em azoto líquido a uma temperatura de cento e noventa e seis graus negativos, onde passa por uma série de procedimentos para que o espermatozoides possa ser conservado por vários anos até que seja utilizado.⁹⁸

A discussão sobre reprodução assistida está longe de ser um assunto pacífico. Quando se trata de reprodução assistida heteróloga, o tema torna-se ainda mais polêmico, eis que a aceitação do uso da técnica não é unânime sendo questionada em vários aspectos, conforme destaca J. Adeodato Filho em sua obra: “Há mistérios na reprodução humana?” de 1972, se manifesta no sentido de repudiar a inseminação heteróloga, haja vista que se utiliza sêmen de um homem que não é seu marido, chegando a comparar tal prática ao adultério.⁹⁹

Vale ressaltar que se trata de uma obra anterior à Constituição Federal de 1988 e, por consequência, anterior também ao próprio Código Civil de 2002. Nessa época o Código Penal também tinha a figura do adultério como crime prescrito em lei, porém, se pode ter uma idéia de como a reprodução assistida heteróloga não era vista com bons olhos nesta época. A mulher que utilizava sêmen de um terceiro, mesmo sem ter qualquer relação sexual com este, e mesmo com o consentimento do marido, era vista como uma mulher que afrontava a moral da época, tanto que a prática de tal técnica era comparada ao adultério.

A inseminação artificial heteróloga ainda incita o senso comum, muitas dúvidas ainda pairam sobre o assunto e requerem uma resposta, para as quais devem ser considerados aspectos éticos, morais, religiosos e jurídicos.¹⁰⁰

⁹⁷ “ IV - Doação de Gamentas ou Pré-embriões.[...] 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

⁹⁸ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

⁹⁹ FILHO. J. Adeodato. *Há mistérios na reprodução humana?*. Salvador: Editora Itapoã, 1972.

¹⁰⁰ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

A reprodução assistida heteróloga é indubitavelmente mais complexa que a reprodução assistida homóloga. O fato da participação de um terceiro estranho ao casal é algo que pode surgir como solução ao casal no qual o homem é estéril que deseja ter um filho, todavia, esta situação pode gerar um grande sofrimento.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, o casal que recorre a esta técnica se depara com inúmeras dificuldades: “Uma vez criada a criança, surgem problemas vários que precisam ser enfrentados pelo casal: o temor de ser abandonado pela criança, o problema da semelhança, a paternidade e a revelação da origem”.¹⁰¹

Em se tratando de questões legais, a legislação brasileira é bastante omissa, se levado em consideração que a prática de técnicas de reprodução humana assistida é cada vez maior.¹⁰²

A utilização de técnicas de reprodução assistida de forma indevida pode acarretar efeitos éticos e jurídicos trágicos para a sociedade como um todo, principalmente se não for atentado para o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, deve-se batalhar para que seja feita uma legislação completa e específica acerca deste tema, tendo como base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e que seja rigorosamente seguida por agentes da saúde e fiscalizada por agentes do direito, a fim de que não haja nenhum desrespeito aos limites estabelecidos.¹⁰³

No que se refere à doação de esperma, dois aspectos importantes são ditados pela Resolução nº1358/92 do Conselho Nacional de Medicina, quais sejam : a doação gratuita do esperma¹⁰⁴ e o anonimato do doador.¹⁰⁵

Estas duas determinações se explicam pelo fato de que a doação de esperma se faz por mera filantropia, pela vontade de ajudar um casal

¹⁰¹ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

¹⁰² FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*.

¹⁰³ FERRAZ, *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*.

¹⁰⁴ “IV Da doação de gametas e pré-embriões[...]: 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial”. CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹⁰⁵ “IV Da doação de gametas e pré-embriões: [...]2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.” CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

impossibilitado fisicamente a realizar o sonho de ter um filho e não um comércio, ao passo que a identidade do doador é preservada, visto que este não possui qualquer intenção de ter vínculos com a criança gerada, conforme será abordado no próximo tópico.¹⁰⁶

2.3 O anonimato do doador: a irresponsabilidade afetiva e assistencial

Como bem estabelece a Resolução do Conselho Nacional de Medicina nº 1358-92 em seus Princípios Gerais, o objetivo das técnicas de reprodução assistida consiste em ajudar pessoas com problemas de infertilidade, e é neste sentido que se apresenta a figura do doador de sêmen.¹⁰⁷

Esta atitude de doar material genético para ser utilizado por outras pessoas, que desejam mas não conseguem ter filhos, deve ser meramente filantrópica, ou seja, não pode ter nenhum almejo financeiro, a doação deve ser gratuita, conforme estabelece a Resolução 1358-92 em seu artigo 2ª inciso IV.¹⁰⁸

Neste mesmo sentido, se levado em conta que o ato de doar material genético é uma atitude caridosa, onde não se visa qualquer tipo de lucro ou vantagem financeira, o doador não possui também qualquer obrigação de sustento ou afeto com a criança gerada, ou seja, não poderá posteriormente ser alvo de uma ação de alimentos, por exemplo, também não terá qualquer comprometimento para com a educação desta criança.¹⁰⁹

Visando evitar qualquer tipo de constrangimento ao doador que simplesmente se dispôs a auxiliar um casal a realizar o sonho de ter um filho é que se justifica o princípio de que a identidade civil do doador seja preservada. Ninguém além dos profissionais envolvidos no procedimento saberá a

¹⁰⁶ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

¹⁰⁷ LEITE. *op.cit.*

¹⁰⁸ "IV Da doação de gametas e pré-embriões:[...] 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial". *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹⁰⁹ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

identidade do doador, exceto situações muito excepcionais conforme se observa na citação abaixo.¹¹⁰

O anonimato do pai biológico, na hipótese de artificios heterólogos, seria visto como isenção de responsabilidade em face do filho, baseada a isenção na circunstância de o não ter desejado. A suspensão do princípio seria excepcional para as circunstâncias em que fosse notório o risco de incesto e de propagação de doenças *ex-genesi*; portanto, não reabilitaria a responsabilidade.¹¹¹

Conforme o estudo Francês “De l’Ethique au Droit”¹¹², citado na obra de Eduardo de Oliveira Leite, o doador que fornece material genético para fins de contribuir com o projeto de um casal que deseja ter filhos mas encontra-se impossibilitado, não passa de um colaborador sem qualquer interesse em manter vínculos com esta criança gerada, não tem pretensão alguma de ter qualquer relação de afeto ou vínculo parental com esta, logo, está excluída qualquer possibilidade de imputação de filiação do doador para com a criança gerada com seu material genético.¹¹³

O anonimato é, ao mesmo tempo, a garantia da autonomia e da expansão da família que se funda e a proteção leal do desinteresse que ali predomina. A convergência destas duas considerações – sendo que a primeira age em favor da criança – explica que, na hierarquia dos valores, elas sobrepõem conjuntamente o pretendido direito ao conhecimento de sua origem. As regras aqui propostas valem tanto para a doação do esperma quanto a doação dos óvulos. Se estas duas operações são diferentes tecnicamente, e de dificuldade desigual (...) estas diferenças não são suficientes a se

¹¹⁰ MELO, Albertino Daniel de. *Filiação Biológica – tentando diálogo direito*. In : LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Grandes temas da atualidade –DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹¹¹ MELO, Albertino Daniel de. *Filiação Biológica – tentando diálogo direito*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Grandes temas da atualidade –DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.10.

¹¹² DROIT, De l’Ethique au. Apud. LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

¹¹³ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

sobrepor às conseqüências, no que diz respeito a seu tratamento jurídico.¹¹⁴

Existe reciprocidade em relação ao anonimato, tanto o casal não deve saber quem é o doador do material genético recebido, assim como o doador também não deve ter conhecimento do casal, que recebeu seu material genético.¹¹⁵

2.4 Regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal da Medicina sobre a aplicação das técnicas de reprodução assistida

O Conselho Federal de Medicina, em sessão plenária datada de 11 de novembro de 1992, levou em consideração vários aspectos, como a busca por soluções acerca da infertilidade humana que se tornou cada vez maior, e que graças ao avanço da engenharia biológica, este problema pôde ser solucionado através do emprego de técnicas de reprodução humana assistida.

Visando uniformizar a utilização das técnicas de reprodução assistida para que atendessem as normas relativas à ética médica foi que o Conselho Federal de Medicina criou a Resolução 1358/92.

Atualmente, a única norma que trata do tema de maneira específica é a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, disciplinando mais especificamente a conduta dos médicos, que, baseada na Lei 3.268 de 1957 e no Dec. 44.045, de 1958, introduz as Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Destaca-se que na Resolução 33/06, da Anvisa, trás

¹¹⁴ DROIT, De l'Éthique au. Apud LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. p. 145.

¹¹⁵ LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

normas relativas às clínicas de reprodução, no que concerne apenas às condições de funcionamento.¹¹⁶

O médico que por ventura transgredir a norma, por tratar-se de normas de conduta ética, receberá uma punição administrativa, pelo órgão de classe, no entanto, tendo em vista a falta de qualquer previsão de punição penal, não será possível punir penalmente este profissional.¹¹⁷

Conforme determina a Resolução, o objetivo da utilização de técnicas de reprodução assistida visa auxiliar casais com problemas de infertilidade e deve ser utilizada quando não restar nenhuma outra forma de tratamento que possa solucionar tal dificuldade.¹¹⁸

A resolução também orienta no sentido de que só seja utilizada alguma das técnicas de reprodução assistida quando não houver grave perigo à saúde do paciente e/ou do bebê a ser gerado por tal técnica, também é necessário que exista uma chance real de que o emprego da técnica seja bem sucedida¹¹⁹.

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.¹²⁰

¹¹⁶ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização* p. 58.

¹¹⁷ FERRAZ, op. cit.

¹¹⁸ “1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade”. *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹¹⁹ FERRAZ, op. cit.

¹²⁰ “I Princípios Gerais, item 3. *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

É de fundamental importância que tanto pacientes como doadores tenham total conhecimento e segurança de sua decisão, para tanto, as informações acerca de todo o procedimento, bem como dos possíveis resultados e implicações biológicas, jurídicas, éticas e econômicas, deste processo. Deste modo, é necessário que ambas as partes, doador e paciente, que buscam a reprodução assistida, estejam plenamente esclarecidas e que assim consentam de livre e espontânea vontade.

A Resolução 1358/92 também veda o emprego de tais técnicas com o escopo de escolher o sexo do bebê ou qualquer outra particularidade biológica, a exceção a esta regra esta na possibilidade de se fazer tais escolhas quando se tratar de impedir doenças relacionadas ao sexo da criança que venha a nascer, se não for por essa razão, não se pode escolher o sexo da criança ou outras características.¹²¹

A preocupação com a finalidade dos oócitos humanos, assim como a saúde da mãe receptora também foram destacados na Resolução 1358/92, onde ficou estabelecido que a fertilização de oócitos humanos deve ocorrer única e exclusivamente para fins de procriações humanas¹²². Também ficou estipulado que o número de oócitos e pré-embriões a ser transferido para a mãe receptora deverá obedecer o limite de quatro, não sendo aconselhável a transferência de um número maior de oócitos e pré-embriões no intuito de evitar maiores riscos à gestação¹²³, já que a possibilidade de uma gestação múltipla é grande e no caso de sua ocorrência, é vedado o emprego de métodos de redução embrionária¹²⁴.

¹²¹“I Princípios Gerais.[...] 4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹²² “I Princípios Gerais . [...]5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹²³ “I Princípios Gerais. [...]6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹²⁴ “I Princípios Gerais.[...] 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

Merece atenção também, o fato de que toda mulher, desde que capaz, e que se encontrar em condições de se submeter a técnicas de reprodução assistida, assim desejando, concordando de livre e espontânea vontade inclusive manifestando esta vontade em documento onde esta afirma tal consentimento, poderá fazer uso de tais técnicas.¹²⁵ Lembrando que caso esta mulher seja casada ou viva em união estável, se faz necessária a aprovação e consentimento do cônjuge/companheiro, expresso através de documento semelhante ao anterior referido.¹²⁶

No que tange às clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida, cabe destacar que os mesmos têm a responsabilidade de zelar pelo controle de doenças infectocontagiosas, assim como pelo manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico para a paciente receptora da técnica de reprodução assistida, tendo como responsável pelos procedimentos tanto de ordem médica como laboratoriais um médico, de forma obrigatória.¹²⁷

As clínicas, centros ou serviços de aplicação das técnicas de reprodução assistida serão também responsáveis por manter um registro permanente das gestações ocorridas, bem como de qualquer incidente como má-formação de feto ou recém nascido.¹²⁸ Também deverão manter um registro permanente das provas diagnósticas as quais é submetido o material biológico humano.¹²⁹

¹²⁵ “II – Usuários das técnicas de RA. [...] **1** - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹²⁶ “II – Usuários das técnicas de RA. [...] **2** - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010..

¹²⁷ “III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA. “**1** - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.” Conselho Federal da Medicina, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 28 set. de 2010.

¹²⁸ “III – Referente as clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA. [...] **2** - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões..” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹²⁹ “III – Referente as clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA. [...] **3** - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de

No que se refere à doação de gametas ou pré-embriões, o item IV da Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece regras a serem cumpridas pelas clínicas, centros ou serviços de aplicação das técnicas de reprodução assistida, assim como pelos doadores de material genético e receptores do mesmo. Entre elas cabe destacar o caráter filantrópico das doações que jamais poderão ser cobradas, ou seja, é vedado o que se cobre pela doação do material genético¹³⁰.

Este item também estabelece que não será revelada a identidade do doador de material genético assim como também não será revelada a identidade dos receptores do mesmo¹³¹, a exceção a essa regra ocorrerá em caso de situações peculiares, quando, por motivos médicos, seja necessário saber a fim de evitar ou desvendar alguma doença biológica, todavia, será revelada a identidade biológica somente para médicos e mesmo assim ficará protegida a identidade civil do doador, esta não será revelada¹³².

A resolução 1358/92 também dispõe sobre a manutenção de um registro permanente, por parte da instituição responsável pela aplicação da técnica de reprodução assistida, no qual deverá conter “dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores”.¹³³ Este registro tem a sua importância justificada para evitar que um doador seja o mesmo em mais de duas gestações de sexos opostos, isso em uma área de

doenças.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³⁰ “III – Referente as clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA.[...] 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³¹ “IV – Doação de gametas ou Pré- embriões . [...] 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³² “IV – Doação de gametas ou Pré- embriões . [...] 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.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³³ “IV – Doação de gametas ou Pré- embriões . [...] 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

um milhão de habitantes¹³⁴, evitando, assim, que ocorram problemas de filhos de um mesmo doador vir a se relacionar, por exemplo.

Caberá à unidade escolher o material genético de um doador que se assemelhe o máximo possível com a receptora, “deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”.¹³⁵ Já médicos ou integrantes da equipe multidisciplinar que prestam serviços às unidades de aplicação de técnicas de reprodução assistida estão proibidos de doar material genético para fins de uso nos programas reprodução assistida.¹³⁶

As unidades de reprodução assistida deverão informar a quantidade de pré-embriões produzidos em laboratórios aos seus pacientes, os pré-embriões que não forem utilizados não poderão ser extintos ou rejeitados e sim submetidos aos procedimentos de conservação dos mesmos em laboratórios¹³⁷. Chama-se criopreservação. O procedimento utilizado pelas unidades de reprodução assistida para a conservação dos pré-embriões, sendo que o casal deverá anunciar seu desejo em relação ao destino dado aos pré-embriões, abrangendo as situações de eventual divórcio, doenças graves ou falecimento do casal ou de apenas um deles e em relação a uma possível doação desses pré-embriões criopreservados¹³⁸.

¹³⁴ “IV – Doação de gametas ou Pré- embriões . [...] **5** - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³⁵ “IV – Doação de gametas ou Pré- embriões . [...] **6** - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³⁶ “IV – Doação de gametas ou Pré- embriões . [...] **7** - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³⁷ “V – Criopreservação de gametas ou pré-embriões. [...] **1** - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹³⁸ “V – Criopreservação de gametas ou pré-embriões. [...] **3** - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

O item VI da Resolução 1358/92 trata do diagnóstico e tratamento de pré-embriões, se referindo à utilização das técnicas de reprodução assistida com a finalidade de tratamento de doenças biológicas ou hereditárias¹³⁹, assim, como sua finalidade exclusiva consiste em tratar doenças ou impedir a transmissão da mesma, desde que existam garantias reais de sucesso, mediante consentimento do casal¹⁴⁰, sendo que o tempo para desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* não poderá exceder o limite de quatorze dias¹⁴¹.

Em se tratando de gestação por substituição, esta é permitida desde que a doadora biológica seja portadora de algum problema que a prive de poder gerar um filho, ou quando houver alguma contra indicação à gravidez¹⁴². Deverá ser obedecida a regra estabelecida pela resolução 1358/92, que determina que a doadora temporária do útero e a doadora do material genético devem fazer parte da mesma família, possuindo um grau de parentesco de até segundo grau, de forma que os demais casos deverão ser alvo de autorização do Conselho Regional de Medicina¹⁴³.

Cabe ainda lembrar que da mesma forma que o material genético doado não poderá ser objeto de remuneração a quem doa, também o útero

¹³⁹ “VI – Diagnostico e tratamento de pré-embriões. [...] 1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹⁴⁰ “VI – Diagnostico e tratamento de pré-embriões. [...] 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹⁴¹ “VI – Diagnostico e tratamento de pré-embriões. [...] 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹⁴² “VII Sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero). As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora biológica.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

¹⁴³ “VII Sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero) [...] 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora biológica, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

emprestado não poderá ter qualquer objetivo de visar lucro ou comercialização do mesmo. Deve, portanto, ser ato de mera filantropia¹⁴⁴.

Observa-se que a Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina leva em consideração vários aspectos da reprodução assistida, servindo como base de orientação, porém, tal resolução não tem força de lei, possuindo apenas caráter ético, de tal forma que, como já referido, a desobediência a esta resolução não implicará em sanção penal, mas tão somente em sanção administrativa.

É notória, portanto, a necessidade de uma legislação específica que trate das técnicas de reprodução assistida, delimitando limites e sanções para a sua não observância, para que o emprego de tais procedimentos ocorra sempre de maneira segura.

¹⁴⁴ “VII Sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero) [...] **2** - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.” *CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA*, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010.

3 COLISÃO DE DIREITOS: DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA VERSUS DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

Neste capítulo será voltado especial olhar ao um conflito muito comum entre os usuários da técnica de reprodução assistida heteróloga, qual seja a colisão entre o direito à identidade biológica por parte do filho gerado a partir desta técnica e o direito ao anonimato do doador, observando o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 O direito à identidade biológica

O direito à identidade biológica, ao conhecimento de suas origens, e à personalidade são direitos inerentes a todo ser humano. Têm início no nascimento com vida e trata-se de um princípio fundamental, qual seja o direito à personalidade.

Deve-se ter claro que a busca pela identidade biológica se diferencia de estado de filiação, visto que o estado de filiação decorre dos laços afetivos construídos entre pais e filhos, enquanto a identidade biológica diz respeito ao princípio fundamental da personalidade.¹⁴⁵

A busca pela origem biológica, a qual se refere ao princípio da personalidade, tem como escopo o conhecimento de sua história biológica e não a busca pela paternidade em si, conforme explica Paulo Luiz Netto Lôbo:

¹⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Ibdfam. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em 10 out. 2010.

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem biológica é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram decisões que confundem investigação da paternidade com direito à origem biológica.¹⁴⁶

Quando se trata de identidade biológica, mais propriamente dito de sua investigação, muitas vezes o processo possui um viés psicológico, no qual existe uma busca do autoconhecer. Tal busca pode, contudo, também ter caráter médico, no sentido de que se demonstra importante saber sua origem biológica em casos de doenças hereditárias, ou ainda quando da ocorrência de doenças que são solucionáveis através da compatibilidade sanguínea. O conhecimento de tais informações torna-se imperial para que haja proteção ao direito à saúde e à própria vida.¹⁴⁷

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem biológica, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação biológica do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Ibdfam. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em 10 outubro de 2010.

¹⁴⁷ FERRAZ. *Reprodução Humana Assistida e suas Conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização*.

atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.¹⁴⁸

Tendo-se sempre claro que a origem biológica não se apresenta como fator fundamental para a determinação da filiação, mas sim como um meio de se alcançar o princípio da personalidade, não se pode admitir que o mesmo seja utilizado para tal finalidade, qual seja a determinação da filiação. Dessa forma, a investigação da identidade biológica não teria escopo de originar direitos sucessórios.¹⁴⁹

[...] O filho gerado pela inseminação artificial heteróloga, uma vez estabelecida a filiação socioafetiva com os pais não biológicos, não mais caberia investigar a paternidade ou maternidade, para a produção dos efeitos típicos da relação de filiação, tais como: nome, alimentos, direitos sucessórios etc. em relação ao doador do sêmen ou a doadora do óvulo, mas, apenas, na esfera do direito da personalidade.¹⁵⁰

Dessa forma, se percebe que não há o que se falar em obrigação de sustento ou de afeto quando da investigação da origem biológica, uma vez que já existe uma família socioafetiva constituída. Pode-se, sim, buscar a verdade biológica com a finalidade de evitar ou até mesmo de tratar doenças, também para satisfazer a angústia psicológica em saber sua origem, e até mesmo para evitar casos de incestos.

O que deve preponderar quando se falar em direito à identidade biológica é o fato de que está sendo tratado de um princípio fundamental, o princípio da personalidade, que, por sua vez, tem origem de um princípio maior, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser sempre respeitado e observado.

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Ibdfam. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em 10 outubro de 2010.

¹⁴⁹ FERRAZ. *Reprodução Humana Assistida e suas Conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização*.

¹⁵⁰ FERRAZ, op.cit.p.139.

3.2 Colisão entre o direito à identidade biológica e o direito ao anonimato do doador

A falta de legislação específica a respeito da reprodução assistida heteróloga no Brasil é um obstáculo bastante grande, especialmente porque cada vez mais esta técnica é utilizada e, por conseguinte, surgem, inevitavelmente, conflitos em torno do tema.

Por um lado, deve ser mantido sigilo absoluto no que diz respeito à identidade do doador de material genético, da mesma forma que este não deve ter conhecimento da destinação do material doado. Paire também a questão do sigilo dos profissionais que trabalham em clínicas de inseminação artificial, considerada a possibilidade de que estes revelem a identidade do receptor, do doador e do casal que recebe esse material genético.

Por outro lado, deslumbra-se o direito que todo indivíduo tem de saber a sua história, sua origem, tanto por necessidade em casos de alguma eventual doença hereditária, ou em razão de simplesmente ter interesse em conhecer a sua origem biológica, sendo isso uma opção da criança/adulto, fruto de reprodução assistida heteróloga. A escolha em querer ou não conhecer sua origem biológica, é um direito do filho, não sendo incumbida ao doador de material genético qualquer responsabilidade afetiva ou de sustento em relação à criança gerada com o seu material doado.

Tais questões dizem respeito a dois direitos fundamentais provenientes do intocável princípio da dignidade da pessoa humana. Em relação ao direito fundamental à intimidade, no que tange à salvaguarda do anonimato do doador de material genético bem como o direito fundamental da personalidade, ou seja, ao conhecimento da identidade biológica, e não só isso, mas também, garantir o direito à vida, no caso de doenças hereditárias que só podem ser prevenidas e tratadas a partir do conhecimento da origem biológica.¹⁵¹

¹⁵¹ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução Humana Assistida: *Direito à Identidade genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br> >. Acesso em 19 set. 2010.

O direito ao conhecimento da origem biológica não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos. [...]¹⁵²

Ainda neste posicionamento Lobô argumenta no sentido de que em casos de reprodução assistida heteróloga é possível revelar a origem biológica do doador sem que seja revelada sua identidade civil, visto que a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.358/92 determina que sejam conservados permanentemente os dados clínicos do doador de material genético, como características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, pelas clínicas responsáveis pelo emprego da técnica.¹⁵³

Ana Claudia Ferraz critica a impossibilidade de conhecimento da origem biológica, destacando o fator psicológico, do qual podem decorrer transtornos ao filho, que, ao descobrir ser fruto de reprodução assistida heteróloga, não pode conhecer sua verdadeira origem, além de destacar os fatos de impedimentos matrimoniais e doenças biológicas.¹⁵⁴

A autora Maria Helena Machado entende que ao se preservar o anonimato do doador se está privando a criança de seu direito à personalidade, devendo, assim, ser revelada a origem biológica e também defende que deveria ser possível o conhecimento da identidade do doador a fim de assegurar o direito à identidade que todo o ser humano tem. Leciona Machado:¹⁵⁵

Analisando-se a questão do anonimato do doador juridicamente, pode-se considerar ao mesmo tempo que a citada Resolução ao prever o sigilo na sua identificação, está violando o direito da personalidade do fecundado pelos meios artificiais. Assim, mesmo não tendo participado, portanto, não tendo escolhido sua forma de nascimento da inseminação heteróloga, fica tolhido de saber sobre sua origem de filiação, sendo-lhe negado o direito à identidade.

¹⁵² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.2009 p. 206.

¹⁵³ LÔBO, op.cit.

¹⁵⁴ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*.

¹⁵⁵ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*.

Diante do princípio de que não são disponíveis estados pessoais naturais e nomeadamente o vínculo de filiação, ao filho, deveria ser reservado como direito inerente a sua personalidade, a possibilidade de conhecer a identidade do doador. Isto se dá, em primeiro lugar, por se tratar de direito à identidade, de um direito personalíssimo, e, portanto, insuscetível de obstacularização. De outra parte, o filho deve ter acesso aos dados biológicos do doador para descoberta de possível impedimento matrimonial. O conhecimento de sua origem é direito personalíssimo que deve ser assegurado a todas as pessoas que desejam conhecer seus antecedentes porque trata-se da história de vida de cada um. Mesmo que a criança esteja perfeitamente inserida em determinado contexto familiar, o direito de conhecer a sua história não lhe pode ser tirado.¹⁵⁶

Fica claro que o intuito de quem busca sua origem biológica não poderá ser de buscar reconhecimento de filiação, pleitear alimentos entre outros direitos oriundos do dever de um pai para com um filho, mas sim, única e exclusivamente ter o conhecimento de sua origem biológica.

Ao abordar a questão do direito ao anonimato do doador, tem-se que tal direito encontra amparo na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso X¹⁵⁷, que trata do direito à intimidade, bem como na Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece: “Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores [...]”.¹⁵⁸

O direito à intimidade consiste na proibição de qualquer forma de divulgação dos dados de nossa existência sem a devida autorização da pessoa, no sentido de que todos têm o direito à reserva sobre o conhecimento de sua vida íntima. Em outras palavras, a intimidade é a autonomia inerente ao ser humano de preservar os aspectos íntimos de sua vida, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, referem-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo. Assim sendo, não poderia haver entendimento diverso nos casos de

¹⁵⁶ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos* p. 121.

¹⁵⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁵⁸ CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA, Resolução nº. 1.358 de 1992. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 set. de 2010. IV,3. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 25 setembro de 2010.

Reprodução Humana Assistida, nos quais o doador de material genético tem o direito de manter em segredo a sua identidade, preservando a sua intimidade.¹⁵⁹

O aspecto do anonimato do doador, nos casos de reprodução assistida heteróloga, serviria como um estímulo à doação de material genético para dar a possibilidade aos casais inférteis de ter filhos, já que se pairasse a insegurança de uma possível investigação de paternidade futura, certamente não haveria doações de materiais genéticos para essa finalidade.¹⁶⁰

Ademais, conforme reforça Eduardo de Oliveira Leite, o doador de material genético está renunciando de forma voluntária a paternidade jurídica, da mesma forma que a mãe que entrega seu filho a adoção desiste de todo direito de filiação ali existente.¹⁶¹

Quem consentiu em doar o seu sêmen para um banco de esperma, com vistas a auxiliar um casal infértil, embora possa (em tese) alegar é, geneticamente falando, seu, deverá, em contrapartida, aceitar que o filho não é institucional, nem voluntariamente, seu. Ao contrário, estar-se-ia admitindo – como ocorre na doação de órgãos – que após o implante do órgão em novo paciente, o doador reclamasse a propriedade do órgão doado, o que fica vedado pela lógica e pela própria natureza de doação.¹⁶²

É inegável o caráter filantrópico do ato de doar material genético, visto que não existe qualquer forma de remuneração pela doação. O doador não deseja possuir qualquer relação com a criança gerada, seja na questão afetiva, na educação, no sustento.

¹⁵⁹ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br> >. Acesso em 19 setembro de 2010.

¹⁶⁰ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*.

¹⁶¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*.

¹⁶² LEITE, op.cit. p.381,382.

Defende-se também que o conhecimento da identidade do doador do material genético poderia influenciar de forma negativa na relação familiar, causando até mesmo constrangimentos ou traumas na criança fruto desta técnica, interferindo em sua qualidade de vida.¹⁶³

Ademais, há também de se atentar para o fato de que o doador de material genético o fez de forma beneficente, em favor de um casal que deseja ter filhos, quando ainda solteiro e que posteriormente vem a constituir família cansando-se e tendo seus próprios filhos, se depara com uma pessoa totalmente desconhecida que é seu filho biológico e deseja se aproximar desse pai e de seus irmãos. O doador oferece seu material genético, porém, não possui qualquer intenção de saber quem será a criança gerada, tampouco deseja ter qualquer relação de afeto com essa pessoa. Não seria justo que ele veja sua vida modificada, ou que sofra qualquer tipo de transtorno ou constrangimento perante sua família em decorrência da procura desse filho, até mesmo porque ao doar o sêmen estava ciente de que não saberia quem seria a receptora e a receptora também não saberia quem seria o doador.¹⁶⁴

Diante dessa colisão de direitos, o mais indicado é que haja uma ponderação entre ambos os direitos, realizando uma análise ao caso concreto e observando as reais alegações, tanto para a busca da identidade biológica, como para a preservação do anonimato do doador. Deve-se, para tal, usar sempre como norte o princípio da dignidade da pessoa humana para então poder decidir qual é a melhor decisão a ser tomada ante tal conflito.

Quando se utilizar da ponderação para resolver tal impasse deve-se levar em conta o princípio do melhor interesse da criança, conforme ensina Ana Claudia Ferraz:¹⁶⁵

No exercício da ponderação, o aplicador do direito deverá ter em mente o princípio do melhor interesse da criança, que não necessariamente importará no conhecimento da origem biológica, nos

¹⁶³ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.*

¹⁶⁴ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.*

¹⁶⁵ FERRAZ, op.cit.

casos de inseminação heteróloga. A criança pode, efetivamente, não ter ainda maturidade suficiente para lidar com a questão, podendo, até causar dano à integridade psíquica da mesma e abalar o relacionamento com a família, já calcado na afetividade. Por isso muitos defendem que a informação apenas deve ser fornecida a partir da maioria do interessado. Outrossim, o julgador deverá valer-se de parecer psicossocial a fim de, no caso concreto, poder avaliar a extensão dos benefícios e danos para as partes envolvidas, procurando, assim, causar, o menor dano possível ao decidir qual o direito fundamental que deverá prevalecer.¹⁶⁶

Ao deparar-se com tais questões de colisão de direitos deve sempre se levar em conta o que é mais interessante à criança, analisando o caso concreto, observando o interesse buscado e a importância desse objetivo. Como ambos os direitos são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, este deve ser sempre observado e tomado como norte, cuidando sempre para que o melhor interesse da criança seja preservado.

3.3 O princípio do melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio do melhor interesse da criança visa proteger a criança na sua integralidade, escolher o caminho que de forma mais ampla a beneficie, baseando-se na sua história de vida, suas necessidades e o que a fará mais feliz, considerando o que de fato é melhor para ela.

Foi o sistema jurídico inglês que oficializou o princípio do melhor interesse da criança. Em 1959 passou a ser seguido pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, devido a sua grande importância. Com a adoção do princípio do melhor interesse da criança pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que passou a utilizar o a doutrina da proteção integral, houve uma expansão do significado desse

¹⁶⁶ FERRAZ. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. p.155.

princípio, visto que se passou a proteger todas as crianças e adolescentes de uma forma geral, de modo inclusivo os litígios familiares, deixando de ser exclusivamente uma proteção às crianças e aos adolescentes que se encontravam em situações irregulares.¹⁶⁷

Este princípio deve sempre ser levado em consideração, devida a sua grande importância, é um norteador para legisladores e aplicadores do direito, devendo sempre salientar e priorizar as necessidades da criança e do adolescente, quando da interpretação da norma, na resolução de lides e na elaboração de novas leis.¹⁶⁸

Infelizmente, nem sempre a prática corresponde ao objetivo legal. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se de que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não “o pai, a mãe, os avós, tios etc. ’. Muitas vezes, apesar de remotíssima a chance de reintegração familiar, porque, por exemplo, a criança está em abandono há anos, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou se limita a visita-lá de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura essa via crucis, a criança vai se tornando ‘filha do abrigo”, privada do direito fundamental a convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea.¹⁶⁹

Quando da análise de casos concretos os operadores do direito devem ter sempre muito claro o fato de que o interesse maior a ser protegido, e a satisfação a ser buscada é sempre da criança e do adolescente. Deve-se ter como principal objetivo a proteção constitucional de seus direitos e de suas necessidades, almejando alcançar seus interesses, seu bem estar, mesmo que isso se faça em detrimento da própria família. Todavia, o legislador deve

¹⁶⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. In MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenadora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro. 3ª Edição: Lúmen Júris, 2009.

¹⁶⁸ AMIN. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro.

¹⁶⁹ AMIN, op.cit. p.28.

buscar a proteção do melhor interesse da criança nos limites da lei, jamais ignorando o que é previsto legalmente.¹⁷⁰

O princípio do melhor interesse da criança deverá ser priorizado sempre que for necessária a intervenção nas relações de família, é orientador de conduta na resolução de lides que envolvam crianças e adolescentes buscando sempre a sua proteção integral.

Em relação à reprodução assistida heteróloga, deverá sempre ser analisado o caso concreto para saber o que é mais interessante para a criança, se é buscar a identidade biológica, colocando em risco a própria convivência familiar, ou se é simplesmente ignorar tal realidade, já que a criança já está inserida em um contexto familiar. Somente a análise caso a caso responderá tais questionamentos.

Outrossim, deve-se ainda buscar a proteção da dignidade da pessoa humana. No Brasil, tal princípio está fundamentado através da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 1º, inciso III,¹⁷¹ assinala a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Diante de sua grandiosidade e complexidade, a dignidade da pessoa humana não possui conceito fechado, este vem sendo construído no transcorrer dos tempos, e atualmente é tida como um valor soberano.¹⁷²

A dignidade é tida como elemento intrínseco de todo ser humano, de tal forma que todos seres humanos possuem dignidade em igual quantidade, independente da situação econômica ou financeira.¹⁷³

[...] No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção

¹⁷⁰ AMIN. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro

¹⁷¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana;”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁷² NUNES. Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 6ª ed. Ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e igualdade.¹⁷⁴

Em linhas gerais a dignidade da pessoa humana é uma qualidade que todo ser humano possui, e da qual não se pode renunciar, é elemento essencial de toda pessoa para que seja reconhecida como ser humano, sendo protegida e jamais retirada, é algo totalmente inerente ao ser humano.¹⁷⁵

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade que surge junto com o próprio indivíduo. Ao nascer a criança já possui dignidade e com o passar dos anos essa dignidade será acrescida, diante da liberdade de pensamento e expressão, sua imagem, intimidade, idéias, crenças, etc., enfim tudo que é inerente à própria essência do ser humano.¹⁷⁶

Sarlet apresenta uma proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁷⁷

Neste sentido, ao que refere ao assunto do presente trabalho, pode-se extrair sucintamente que a dignidade da pessoa humana é algo impagável, no sentido que não há valor financeiro que possa comprá-la, é inerente a todo ser

¹⁷⁴ SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. p.32.

¹⁷⁵ SARLET. *Op.cit.*

¹⁷⁶ NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Saraiva 2009.

¹⁷⁷ SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*, p.63.

humano e deve ser respeitada. Nos casos de reprodução assistida, deve haver sempre o zelo do profissional da saúde para com a vida do paciente, jamais o emprego destas técnicas poderá ter fins lucrativos, no sentido de venda de material genético, ou até mesmo na utilização de seres humanos como meras cobaias, mas sim a busca da realização do sonho de ter um filho.¹⁷⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda a criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e com pessoas que as queiram. O afeto é necessário para alimentar o espírito e o alimento para manter a saúde física. A criança deverá ter direito à convivência familiar saudável, e seu bem-estar deve ser assegurado acima de qualquer outro interesse, mesmo em conflito com os interesses de seus pais, sejam eles biológicos ou afetivos.¹⁷⁹

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança devem andar lado a lado, devendo-se preservar o interesse e o bem estar da criança, mesmo que em detrimento de interesses de familiares, até mesmo porque essa criança possui dignidade que lhe é própria, desde seu nascimento, independente de como foi gerada. Possui, dentre tantos outros direitos agregados ao ser humano, direito à personalidade, através do conhecimento de sua identidade biológica.

¹⁷⁸ Ferraz, *Reprodução Humana Assistida e suas Conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem biológica sob a perspectiva da personalização*.

¹⁷⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate biológico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p. 94.

CONCLUSÃO

A família brasileira passou por uma grande transformação em seu formato e modo de constituição. No século XIX a igreja possuía grande influência sobre as pessoas, regulava valores morais e éticos, sendo muito rigorosa e não admitindo qualquer filiação diferente da havida entre os cônjuges na constância do casamento, se assim não fosse, os filhos eram discriminados pela igreja e por toda a sociedade.

Com a evolução da sociedade em geral, as famílias também foram mudando e outras formas foram sendo admitidas, tais como a família monoparental, que na verdade sempre existiu, porém, aos poucos, sua proporção aumenta consideravelmente. Com o tempo, começou a ser admitida e atualmente encontra amparo constitucional. A monoparentalidade pode ser resultado de variados fatores, como divórcio dos pais, viuvez de um dos genitores, ou por opção própria da mãe, a chamada produção independente.

As famílias baseadas no afeto também ganham espaço, as relações de afeto tornam-se mais importantes que as origens biológicas na determinação da filiação. O afeto, que na antiguidade não era levado em consideração, passou a ser fundamental para a constituição das famílias. Os filhos socioafetivos possuem condição de igualdade em relação aos filhos biológicos perante a lei. O amor e o afeto e a convivência são fatores basilares para a constituição de uma relação sólida, determinando inclusive a filiação. Isso também ocorre quando da utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga, haja vista que o material genético utilizado pertence a um terceiro estranho ao casal, e que o filho gerado possui uma mãe biológica e um pai socioafetivo.

Em se tratando de técnicas de reprodução assistida, a legislação brasileira ainda é bastante omissa, não regulamentando de forma efetiva a utilização e os limites das técnicas utilizadas para o referido método. O presente trabalho discorreu acerca de várias técnicas que são utilizadas de acordo com as necessidades do casal que procura tal meio para alcançar o

objetivo de ter filhos, diferenciando reprodução assistida homóloga de reprodução assistida heteróloga.

Um aspecto que merece destaque diz respeito ao anonimato do doador, assunto que acaba por gerar polêmica entre os que defendem e os que são contra o anonimato do doador de material genético para fins de reprodução assistida heteróloga.

Por um lado o doador tem seu direito ao anonimato garantido pela resolução 1.358/92, visto que o faz como mera filantropia, não possui qualquer interesse afetivo, e nenhuma responsabilidade de sustento para com a criança gerada a partir da utilização do seu esperma. O doador não pode ter conhecimento do casal receptor do seu material, e, da mesma forma, o casal também não terá conhecimento da identidade do doador.

A resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina apresenta orientações para médicos e demais agentes de saúde que trabalham em locais que possibilitam o emprego de técnicas de reprodução assistida, discorrendo acerca de normas éticas na utilização das técnicas de reprodução, princípios gerais, orientações aos usuários das técnicas de reprodução assistida, responsabilidades das clínicas que aplicam as técnicas de reprodução assistida, condições para doação de gametas ou pré-embriões, bem como para sua criopreservação, diagnóstico e tratamento, bem como sobre a gestação de substituição.

Tal resolução serve como orientação de cunho ético para médicos e integrantes da equipe multidisciplinar que atuam no emprego das técnicas de reprodução assistida, sendo passíveis de processo administrativo no caso de descumprimento, todavia, mediante a ausência de regramento penal, não há possibilidade de punir penalmente aqueles que transgredirem tais normas.

Ao tratar do direito à identidade biológica, tem-se claro que esta é assegurada a todo indivíduo, pois se trata ao direito à personalidade. Ao que tange ao tema do presente trabalho, o direito à identidade biológica se justifica em razão de que tal investigação seria estritamente para fins de conhecimento da história biológica, tanto quando da ocorrência de doenças hereditárias,

visando assim o tratamento ou prevenção destas, como simplesmente para fins de conhecimento de sua história biológica.

O que deve ser salientado na questão do conhecimento da origem biológica, em casos de reprodução assistida, é que se busca a garantia do princípio da personalidade, afastado o propósito de que tal informação se converta em reconhecimento de filiação, uma vez que a esta se determina através da relação de afeto, convivência, cuidados, não se tratando, assim, de uma investigação de paternidade.

O direito à identidade biológica não se confunde com investigação de paternidade, o que se assegura com a revelação da identidade biológica é o direito à personalidade e não o reconhecimento da paternidade. Dessa forma, o doador de material genético não terá qualquer tipo de responsabilidade afetiva ou de sustento com o filho que busca saber sua identidade biológica, não havendo, assim, o que se falar em direitos sucessórios, ou direito ao nome, ou em alimentos, entre outros direitos garantidos a filhos.

Quando se trata de direito à identidade biológica, se fala em direito à personalidade, que é vertente de um princípio mais amplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que nunca deve ser desconsiderado quando da ocorrência de conflitos entre direitos.

O que ocorre é que existe a colisão de dois direitos, o direito ao anonimato por parte do doador de material genético, com princípio no direito à intimidade constitucionalmente assegurado, e o direito à identidade biológica com base no princípio do direito à personalidade.

Utilizando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, e a análise do caso concreto, há que se alcançar um balanceamento entre os direitos, não esquecendo o princípio do melhor interesse da criança.

Por fim, ante os posicionamentos a favor e contra no aspecto de revelar ou não a identidade biológica em casos de reprodução assistida heteróloga, entende-se que, o que deve preponderar, é o bem estar da criança, garantindo também o seu direito à vida, eis que conhecida a identidade biológica é possível a prevenção de doenças biológicas, e não somente o tratamento após a disseminação da doença. Entende-se que o direito à vida e à saúde deve

preponderar em relação ao direito de intimidade, até mesmo porque o conhecimento à origem biológica não significa o conhecimento da identidade civil do doador.

Não se pode negar o direito à personalidade, à saúde e em um todo maior, à vida, a uma criança só pelo motivo dela ter sido concebida de uma forma diferente da natural, ela merece ter todos seus direitos respeitados e garantidos, pois possui dignidade que lhe é inerente desde o nascimento, merecendo assim ter acesso a sua identidade biológica.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. In MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenadora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro. 3ª Edição: Lúmen Júris, 2009.

BRASIL. Apelação Cível Nº 70034083360, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 12/05/2010. Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2010.

BRASIL. Apelação Cível Nº 70027955624, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 19/02/2009). Disponível em <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.*

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.*

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate biológico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CONSELHO FEDERAL DA MEDICINA, *Resolução nº. 1.358 de 1992*. Disponível em: < http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm>. Acesso em 28 set. de 2010.

COSTA. Ana Surany Martins. *Filiação socioafetiva: Uma dimensão afetiva das relações parentais*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=381>>. Acesso em 20 de abril de 2010.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução Humana Assistida: *Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br> >. Acesso em 19 set. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª Edição, revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Novos tempos, novos termos*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=121>>. Acesso em 23 de abril de 2010.

DROIT, De l'Ethique au. Apud. LEITE. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo:Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas Conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização*. Curitiba:Juruá, 2009.

FILHO. J. Adeodato. *Há mistérios na reprodução humana?*.Salvador: Editora Itapoã, 1972.

GLEZERMAN, Apud LEITE, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1233 >Acesso em: 22 de maio de 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo:Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

LEITE, Leonardo. *Inseminação artificial*. Disponível em <http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_inseminacao.htm>. Acesso em 17 de jul. de 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, 2007.

_____. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Ibdfam. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em 10 out. 2010.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1ª Edição ano 2003, 6ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

MELO, Albertino Daniel de. *Filiação Biológica – tentando diálogo com o direito*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Grandes temas da atualidade – DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 39 edição, por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RITANIA, Alejandra Ana. *Dossiê reprodução humana assistida*. Disponível em <<http://www.redesaude.org.br/Homepage/Dossi%EAs/Dossi%EA%20Reprodu%E7%E3o%20Humana%20Assistida.pdf>> Acesso em: 19 de junho de 2010.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. *Família monoparental brasileira*. Revista Jurídica. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2010.

SAPKO, Vera Lúcia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 6ª ed. Ver.atul. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

SIMÕES, Thiago Vargas. *A família afetiva - O afeto como formador de família*. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336> >. Acesso em 24 de jun. de 2010.

VELOZO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo : Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.v.6.

ANEXO

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

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.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-

embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças biológicas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora biológica.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora biológica, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

