

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O DIREITO Á IDENTIDADE GENÉTICA

ÉRIKA PATRÍCIA FERREIRA GONÇALVES DA SILVA¹

RESUMO

O presente trabalho propõe demonstrar os diversos tipos de constituição de família, e em especial a inseminação artificial heteróloga, bem como, os reflexos negativos na vida do nascituro advindo deste tipo de procedimento, pois a lei não deixa clara a relação existente entre o nascituro, o doador anônimo, e a família constituída. No Brasil, diante da insuficiência de lei que regulamente as técnicas de reprodução assistidas, prevalece o direito ao sigilo do doador do esperma, o que infringe os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, que são direitos intransmissíveis e irrenunciáveis. Tem por objetivo a análise dos fatos controvertidos que envolvem a inseminação heteróloga sob a égide da doutrina, dos princípios que regem o direito de família, o Estatuto da criança e do adolescente, a resolução normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.358/1992, e os direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988. Assim diante da insuficiência de lei que regulamente as técnicas de reprodução assistidas, estas são regidas pela resolução infra mencionada. Nos dias atuais, não existe a possibilidade de ingressar com uma ação específica que vise o conhecimento da identidade biológica por parte do maior interessado, o filho, aquele que foi gerado através de uma vontade unilateral, e que ao longo da sua vida foi-lhe retirado o direito de conhecer quem é o detentor do sangue que corre em suas veias ou seja o seu DNA. A pesquisa utiliza o método dedutivo bem como dados históricos, as leis, princípios e normas gerais do direito. Por fim, faz-se necessário uma regulamentação desta técnica pois a regulamentação existente não é suficiente para tratar do assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação Artificial Heteróloga, Inseminação Artificial Homóloga, Fertilização independente, Direito á identidade genética, Dignidade da pessoa humana.

¹Graduanda do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira–MG, erikapfgoncalves@gmail.com;

INTRODUÇÃO

Saber de onde veio é uma das maiores necessidades pessoais de todo o ser humano. A busca por suas origens nos casos em que não se conhece de onde veio é algo aterrorizador para aqueles que vivem nesta situação, sejam elas pessoas adotadas ou até mesmo aquelas que vieram ao mundo através de inseminação artificial.

No passado a família era constituída pelos laços sanguíneos e não por laços afetivos como nos dias atuais. Desta forma, o filho só possuía reconhecimento se fosse gerado de uma relação matrimonial, os demais eram considerados como filhos incestuosos e eram discriminados não possuindo os mesmos direitos dos filhos considerados legítimos.

A sociedade evoluiu com o passar dos anos, e observou-se que alguns casais não eram capazes de procriarem pelos métodos naturais, então a ciência com sua evolução constante solucionou tal problema criando assim a inseminação artificial ou reprodução assistida, que consiste na interferência do homem neste processo natural de reprodução. A tecnologia possibilitou a criação de duas categorias de inseminação artificial, a primeira e mais comumente conhecida é a inseminação artificial homóloga, que é aquela que ocorre quando um casal deseja ter filhos e não resta outra opção a não ser inseminar a mulher com o esperma do marido, gerando assim um vínculo de paternidade assegurada pela legislação brasileira, já a segunda forma é aquela denominada como inseminação artificial heteróloga, onde um terceiro alheio ao casal, cuja sua identidade é preservada, doa seu esperma para um banco de espermatozoides, e o casal recebe o material genético e insemina-o na mulher, não sendo assegurada pela legislação brasileira a paternidade desse terceiro alheio ao casal.

Casos mais extremos ocorrem quando uma mulher solteira quer ser mãe, mas não quer ter um companheiro (a). Assim a modernidade trouxe a ela a possibilidade de ser mãe sem precisar necessariamente de ter outra pessoa ao seu lado, fazendo desta maneira a inseminação artificial heteróloga, objeto e tema do presente trabalho.

Ao dar início ao presente tema é preciso adentrar ao histórico da inseminação artificial, que é elucidado pelo autor abaixo:

A primeira inseminação artificial que houve resultado foi a de Jonh Hunter em 1971 que inseminou sua esposa com seu esperma. Já em 1945 foi possível pela primeira vez cogitar a possibilidade de criação de um banco de espermatozoides onde estes eram submetidos a frio com o emprego de glicerol, mantendo-se em perfeito estado de conservação. (NAMBA, 2015, p. 124).

Desta forma, quando a primeira inseminação artificial deu certo, criou-se a possibilidade daqueles que não conseguiam realizar o sonho de formar uma família por meios

naturais, aderirem à reprodução assistida. Logo se pode dizer que há uma diversidade de possibilidades de as mulheres engravidarem e dos casais se sentirem realizados pessoalmente, seja escolhendo o esperma do marido, seja escolhendo outro doador alheio ao casal, ou até mesmo a gravidez por fertilização independente.

Entretanto, encontra-se um grande problema na reprodução assistida heteróloga, uma vez que necessita de uma regulamentação que venha reger a conduta dos médicos especialistas neste assunto, bem como dos doadores de esperma, pois uma das regras impostas pela Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (CFM) é a proibição dos receptores em conhecer os doadores, ademais esta regra se estende ao nascituro não dando ao mesmo o direito de conhecer a sua identidade ou paternidade biológica.

Será que o direito de uma mulher se tornar mãe sobrepõe o direito de um filho em conhecer a sua origem biológica? Estas cláusulas impostas pretendem evitar as demandas judiciais para contestação da paternidade, contudo o Estatuto da criança e do Adolescente aduz em seu art. 27 que o direito à filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais, sem qualquer restrição, desta forma para a concretização de sua personalidade se faz necessário o conhecimento de sua origem.

Assim, diante do exposto o referido autor afirma que:

É de grande relevância que o Direito conceitue o que vem a ser as técnicas de reprodução assistida (R.A), bem como a filiação que dela se origina, quais atos poderiam ou não ser praticados pelos médicos, e a possibilidade de ocorrer inseminação artificial heteróloga em caso de união homoafetiva.

(TARTUCE, 2016, p. 422)

Por fim, (SARLET, 2007, p. 62) afirma que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta maneira, os capítulos a seguir deste trabalho têm a intensão de demonstrar a grande relevância para as pessoas de conhecer as suas origens, uma vez que isso poderá implicar no seu desenvolvimento como ser humano, que têm a necessidade, e o direito assegurando de conhecer seu DNA.

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Atualmente as técnicas de reprodução assistida que merecem destaque são: Inseminação artificial, fertilização in vitro com a transmissão de embriões, transferência intubaria de gametas, gestação por mãe substituta (barriga de aluguel).

Inseminação artificial é gênero do qual origina as seguintes espécies: inseminação artificial homóloga e heteróloga. A inseminação homóloga é aquela em que se utiliza o material genético do próprio casal, ou seja, o esperma do marido é preparado e inseminado no útero da mulher, já a inseminação artificial heteróloga o material genético de um terceiro, anônimo ao casal é introduzido em laboratório no útero da mulher, este terceiro realiza a doação de seu sêmen para um banco de esperma que garante através de um contrato que a sua identidade não será revelada e nem a identidade da família receptora do material genético será informada.

Segundo Korleta e Kalil (2001) a fertilização in vitro ocorre com a transferência de embriões ou a FIVETE, no qual se origina os chamados bebês de proveta é quando há preparação do ovulo no espermatozoide fora do corpo em laboratório, são colocados dentro das trompas de falópio.

No que tange a reprodução assistida (LEITE, 1995, p. 27) o referido autor explana que:

“O processo reprodutivo, o qual sempre foi tido como o ato mais íntimo do casal, com a procriação artificial, é lançado num ambiente de ampla participação, em que os óvulos e espermatozoides são tratados extracorporeamente, ou seja em clínicas de reprodução assistida”.

A substituição intubaria de gametas é utilizada quando a infertilidade não possui um motivo evidente. O procedimento consiste na coleta dos óvulos e espermatozoides que com a ajuda de laboratório são colocados dentro das trompas.

A barriga de aluguel é quando a mãe cede à gestação a outra pessoa. Existem duas espécies uma que consiste na cessão do útero e outra na cessão do útero e dos óvulos.

Portanto os casais que possuem algum tipo de dificuldade ou esterilidade podem optar pela realização de qualquer das técnicas acima para realização pessoal e constituição de uma família. O presente trabalho irá abordar em especial a inseminação artificial heteróloga.

A ORIGEM DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETEROLÓGICA

Segundo dados históricos, a literatura registra que:

A primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média. Diz-se que Arnaud de Villeneuve, médico da família real, teria realizado com sucesso uma inseminação artificial com o esperma de Henrique IV de Castela em sua esposa. Todavia, os históricos a respeito do tema da literatura médica habitualmente atribuem o feito da primeira inseminação artificial homóloga ao inglês John Huner no final do século XVIII. Por outro lado, a primeira inseminação artificial heteróloga ocorreu na Filadélfia Pensilvânia em 1884, conduzida pelo ginecologista americano Pancoast. (LOPES, 2000, p. 585).

Já para Edison Tetsuzo Namba (2015) as primeiras experiências ocorreram em 1970, em alguns países como Inglaterra, Austrália e Estados Unidos.

Na Inglaterra, em 25 de julho de 1978, nasce Louise Joy Brown, que passou a ser conhecida como o primeiro bebê de proveta por ter sido concebida em laboratório com recursos da Fivete. Havia coleta de espermatozoides do homem e dos óvulos da mulher; realizava-se uma fusão artificial em um tubo esterilizado e implantava-se o embrião no útero da mulher. (NAMBA, 2015, p. 24).

Muita das vezes, o problema não era somente o de encontro dos gametas mas também a própria impossibilidade de a mulher levar adiante uma gravidez, logo, precisaria de outra mulher para engravidar em seu lugar. Os primeiros casos clínicos relativos ao primeiro empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos. Isso gerou controvérsias, e o processo foi vulgarmente denominado como barriga de aluguel.

Outro tema de importante relevância foi a descoberta do genoma ou seja as características genéticas de cada ser em 1997, onde houve a Declaração Universal do Genoma e dos Direitos Humanos.

O doutrinador Edison Tetsuzo Namba conceitua o genoma como:

o genoma é o código genético de cada pessoa, aquilo que herdamos dos nossos ancestrais e como essa característica se associa quando da formação da cadeia genética. Nesse particular, vale ressaltar a preciosa contribuição nacional para a descoberta do genoma, em termos jurídicos, a possibilidade de uma Declaração dos direitos do Genoma, ao qual impede a clonagem. (NAMBA, 2015, p.126).

FINALIDADE DA LEI 1.358/1992

A inseminação artificial é regulamentada através da Resolução do Conselho Nacional de Medicina nº 1.358/1992, que traz os procedimentos técnicos e éticos inerentes a prática da reprodução assistida.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), buscou regulamentar os procedimentos adotados por clínicas especializadas em reprodução assistida, que tem por objetivo auxiliar as mulheres de que alguma forma não consegue engravidar. A Constituição Federal de 1988, atribuiu ao (CFM) competência para fiscalizar e criar normas para regulamentar a prática médica. Este Órgão foi criado em 1951, inicialmente caberia a este registrar os profissionais da medicina e aplicar as sanções impostas no Código de Ética Médica. Com os avanços tecnológicos, este Órgão ampliou a sua competência pois tem o objetivo de formar os profissionais de forma técnica e humanista prestando um serviço de qualidade para com a população, e que deve ser prestado com cautela pois seu objeto principal é a vida, que um dos bens protegidos pela Constituição Federal de 1988.

As normas éticas relacionadas a reprodução assistida pode ser encontrada na Resolução nº 1.358 do (CFM), que nos dias atuais tem sido objeto de grandes debates jurídicos, pela falta de legislação pertinente que trate do assunto. Assegura a resolução que a utilização da reprodução assistida possui a finalidade de ajudar os casais inférteis após os mesmos já terem recorrido a outras formas terapêuticas que não lograrem êxito. Um dos preceitos fundamentais para realização da reprodução assistida e consentimento mútuo tanto do casal infértil que fará a utilização da técnica de reprodução quanto para o doador anônimo nas inseminações heterólogas, bem como, nas inseminações homólogas.

Diante da situação exposta acima as clínicas devem fornecer algum documento como um contrato ou algum formulário que contenha as informações acerca do procedimento de forma clara e explique as cláusulas que contenha resguardando os direitos dos doadores anônimos nos casos de inseminação artificial heteróloga, bem como, o direito dos receptores do material genético, seguido dos procedimentos e exames a serem realizados.

Além disto, e defeso na Resolução 1.358 a doação temporária do útero, ou também conhecida como barriga de aluguel, bem como, selecionar o sexo do bebê ou qualquer outra característica física da criança. Alude o Código Civil no art.1597, V, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O referido artigo informa que as mulheres que mantiverem união estável ou forem casadas necessitam de autorização ou o consentimento da marido para realização da

reprodução assistida e que o filho nascido na constância do matrimônio ou união estável será presumidamente filho do marido de tal mulher na inseminação artificial heteróloga tendo em vista que o mesmo autorizou o procedimento o que nos faz entender que leva a crer que a inseminação artificial heteróloga não pode ser feita pela mulher de forma independente pois o filho ficara sem um pai biológico, possuindo apenas um pai socioafetivo.

Insta salientar que a referida lei confere a responsabilidade civil ao médico que realizar a inseminação artificial. O ponto de maior discussão na referida lei 1.358 :

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

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

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

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

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

O Código Civil foi omissivo ao tratar da inseminação artificial heteróloga e as demais pois ele não define o que vem a ser estes procedimentos, nem quais são os direitos e deveres decorrentes desta relação, ao mesmo tempo estabelece vínculo de filiação decorrente da inseminação artificial heteróloga.

A I Jornada nº 104, de Direito Civil assegura que:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

Já o anunciado nº 258, da III Jornada de Direito Civil informa que não caberá ação de contestação de ao marido dos filhos nascidos de sua mulher que tenha origem em procriação assistida hierológica pois a paternidade é configurada como absoluta.

A resolução do CFM informa que a doação nunca terá fins lucrativos ou comerciais, o que cabe uma reflexão sobre esta norma, não se pode considerar que tal afirmativa é verdadeira pois, os doares podem não ganhar nenhum tipo de valor ao doarem o seu material genético, porém as clínicas lucram e comercializam os materiais genéticos recebidos através de doação ao realizarem as diversas técnicas de inseminação artificial. O procedimento de inseminação possui um custo bastante elevado em torno de no mínimo uns 6 mil reais, que vai de acordo com cada caso e o tipo de procedimento a ser adotado. Segundo a clínica ORIGEN o que justifica o alto custo deste procedimento é alta tecnologia investida para que se atinjam altos índices de sucesso, a necessidade de profissionais especializados, medicamentos especiais, materiais específicos, o que acaba encarecendo o método. Desta forma ao falarmos deste assunto é possível verificar que as pessoas de baixa renda não teriam acesso a tal procedimento pois o SUS não presta este tipo de serviço o que podemos tratar noutro momento por não ser objeto de estudo do presente tema.

Desta forma, por falta de uma legislação específica e amparo legal quanto as questões referentes a reprodução assistida, a Resolução nº 1.358 é que regulamenta nos dias atuais tais procedimentos.

Pode-se comparar as técnicas concernentes a reprodução assistida com os demais países como Noruega e Estados Unidos conforme segue:

Insta salientar de forma comparada com o Brasil, como são reguladas as técnicas de reprodução assistida. Na Noruega, por exemplo, é permitida a doação de sêmen, mas proibida a doação de óvulos que, se praticada, vem seguida de uma penalidade de três meses de prisão. Já nos Estados Unidos é permitida a remuneração dos doares do material genético.
(LOPES, 2000, p. 586).

A sociedade, assim como todo o meio em que vivemos, sempre está em processo de evolução e mudanças. Avanços tecnológicos e científicos a cada vez mais se aperfeiçoam para que a vida do ser humano possa ser facilitada, suprimindo suas necessidades, onde de modo natural não seria possível ocorrer.

O Direito como ciência humana e fonte de controle social deve sempre caminhar lado a lado com os avanços científicos e tecnológicos de forma a garantir proteção integral dos direitos e garantias fundamentais da sociedade como um todo.

O progresso para a vida das pessoas deve atuar sempre de forma positiva e nunca em discordância com o nosso ordenamento jurídico. E como a ciência e a tecnologia lida com a vida do ser humano é imprescindível o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada em dezembro de 1948, trás em seu artigo I que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. E também é na nossa Constituição Federal de 1988, assegura que tal princípio encontra-se elencado no artigo 1º, inciso III, assim interligado com o direito à vida, à liberdade e igualdade, sendo uma das principais garantias fundamentais a qualquer ser humano, assim como já expressa também o artigo 5º, caput, da referida Carta Magna.

Quanto às técnicas de reprodução assistida e a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, assim relata Cândido (2006):

“O ordenamento jurídico brasileiro acolhe diversos direitos humanos constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais. Como forma de proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inclusive direitos de quarta geração, que protegem as pessoas envolvidas em procedimentos biotecnológicos como o de aplicação de técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga.

A inseminação artificial heteróloga, além de utilizar-se de material genético de um doador, terceiro a um casal, lida principalmente com a vida de uma criança que está para ser gerada e que posteriormente irá se conectar com sua família e a ela criar vínculos afetivos. É exatamente por estes vínculos, que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre preservada e respeitada, pois nos os futuros questionamentos quanto sua origem genética e biológica são hipóteses naturais de todo ser humano.

Frente aos obstáculos que o direito de família vem desafiando principalmente no Direito de Família, para adequar a Bioética a reprodução assistida, expõe Balan (2006):

Diante do exposto, conclui-se que a exploração dos temas referentes à reprodução medicamente assistida, em especial à reprodução heteróloga, é relevante pela sua atualidade, uma vez que atinge diretamente a vida da sociedade, onde se busca substituir as dificuldades dos legisladores e aplicadores da lei, diante da inexistência de previsão legal ou inadequação desta, pela busca de um sistema de normas que assegure a realização total das potencialidades humanas e da manutenção de sua dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre se sobressair aos demais como forma de solucionar as divergências existentes quando a lei for omissa ou não for capaz de resolvê-los por si só, assim como explica Cândido (2007): “Por ser o valor da pessoa humana o motivo da existência de um ordenamento é que se deduz que as normas existam em benefício da pessoa, ou seja, a serviço de sua dignidade. É o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a tradução jurídica do valor da pessoa humana.”

Portanto, a atuação do Direito de Família em conjunto com o princípio da dignidade humana é de extrema relevância frente às inseminações artificiais heterólogas, pois este se baseia nos princípios reguladores das relações familiares, concernentes sobre a filiação, que trará a finalidade ao indivíduo do conhecimento da sua origem biológica.

Quanto aos direitos fundamentais, está incluído também o livre planejamento familiar consagrado na Constituição Federal de 1988, além de estar previsto vir também expresso através da Lei 9263/06, que o regulamenta. A Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, criado pelo Ministério da Saúde, visam proteger os direitos da reprodução feminina e masculina. (CÂNDIDO, 2007)

A Lei 9263/06 também trouxe o conceito da família monoparental, onde a família deixou de ser a família constituída pelo homem e a mulher e passou a considerar cada indivíduo de forma individual, por este motivo possui liberdade para deliberar na escolha de qual procedimento será adotado para a constituição de sua família sem a interferência do Estado, inclusive podendo optar por técnicas de reprodução assistida sem a infringir a dignidade da pessoa humana. (RIBAS, 2008).

Por estes motivos que o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer para que dê a garantia a esta criança, que será gerada com a ajuda das técnicas da

inseminação artificial, de que ela tem o direito de saber sua origem biológica, do mesmo modo de que seus pais também tiveram como garantia o direito e a liberdade de fazerem o planejamento familiar, conforme já exposto, no artigo 226, §7º, da Magna Carta.

Alexandre de Moraes define este princípio como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

(MORAES, 2004, p. 52)

Já, segundo João Carlos Gonçalves Loureiro (1999, p. 281) “a dignidade da pessoa humana significa um valor intrínseco que cada ser humano detém, bem como uma obrigação geral de respeito da pessoa”.

Já em um sentido filosófico e político na antiguidade, a dignidade humana estava atrelada à posição social que ocupava o indivíduo, inclusive considerado o seu grau de reconhecimento por parte da comunidade onde estava integrado. (KUMAGAI; MARTA, 2010).

O princípio da dignidade da pessoa humana, por seu enorme valor, impõe aos médicos e pesquisadores que respeitem sempre o ser humano diante das técnicas de reprodução assistida, vez que tal procedimento mexe com a vida mais íntima de todo e qualquer ser envolvido nesta situação. Diante disto afirma-se que não se pode tratar a pessoa como meio para lucrar financeiramente, uma vez que o procedimento da reprodução assistida vai além da experiência laboratorial, sendo este um meio de se alcançar o sonho daqueles que não podem ter filhos da forma convencional, já que sendo o embrião um projeto de vida ou uma futura pessoa, ele tem sua dignidade e de qualquer modo merece respeito. (ENEIAS e SILVA, 2003, p. 04-05).

A dignidade humana é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa, especialmente no contexto do convívio na comunidade, como sujeito moral, sendo assim não há dúvida que todos os interesses têm como centro a pessoa humana, a qual é foco principal de qualquer política pública ou pensamento, sendo necessário harmonizar a dignidade da pessoa humana ao progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a aprimorar e

melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas, e não o inverso. (GAMA, 2003, p. 131 apud ENEIAS E SILVA, p.04-05).

Por ser o princípio da dignidade da pessoa humana essencial para o biodireito, este precisa ser harmonizado com os demais princípios garantidores da proteção da pessoa humana, para que, não apenas na atual geração, mas também nas futuras, possam aprimorar o desenvolvimento da pessoa humana, independentemente de sua origem ser pela reprodução assistida. A dignidade da pessoa humana não deve ser respeitada apenas quando a ordem jurídica assim determinar, sendo assim, mesmo que não exista previsão expressa sempre deverá ser assegurada a dignidade da pessoa humana, por ser ela de valor essencial e fundamental para a ordem social. (ENEIAS e SILVA, 2003, p.04-05)

OUTRAS FUNDAMENTAÇÕES

A Constituição Federal ainda traz a questão da convivência familiar sem se privar somente à questão da origem genética, regulamenta ainda os deveres da família, da sociedade e do Estado e os direitos da criança e do adolescente, conforme o artigo 227, caput.

Dispõe ainda, quanto à proteção destes direitos, a Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde em seu artigo 3º também informa que a criança e o adolescente são dotados de direitos e garantias fundamentais para a dignidade da pessoa humana. O ECA, em seu artigo 20, também estabeleceu a igualdade entre os filhos e o Código Civil também garante a igualdade filial conforme o princípio da igualdade entre os filhos que garante que nenhum filho pode ser tratado pela lei de forma desigual sendo todos os filhos iguais em direitos independente de sua origem.

Assim relata Lôbo, (2004), quanto à relação dos princípios e da doutrina:

“O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto”.

Conclui, portanto, que frente aos conflitos geradores das técnicas da reprodução assistida, não se pode priorizar apenas um princípio pois ambos são necessários, em conjunto com o ordenamento, para a solução dos interesses das crianças.

Não obstante, expõem Gasparotto e Ribeiro, (2008):

“Quando a verdade biológica se contrapuser à filiação socioafetiva, deve-se levar em conta dois critérios basicamente: o princípio da razoabilidade / proporcionalidade, porquanto se deve analisar sobre o sacrifício de qual das hipóteses acima gerará menor prejuízo à criança ou ao adolescente, pautando-se na equidade e no sentido de justiça, e, com efeito, o princípio do melhor interesse da criança.”

O DIREITO À ORIGEM E O DIREITOS DA PERSONALIDADE

Todas as pessoas têm direito e o desejo de saber suas origens, sua família biológica, ou mesmo o DNA que corre em seu sangue, no entanto, quando o ser é gerado mediante o inseminação artificial heteróloga, da qual a mãe se utiliza material genético de um doador de banco de sêmen, sem relação nenhuma de afetividade, esta criança gerada pode ter o desejo de vir a conhecer a sua origem genética por parte do doador.

Mesmo que o direito a identidade genética não possua amparo constitucional, é considerado um direito fundamental, pois está inserido dentro do direito de personalidade, definidos como o direito irrenunciável e intransmissível de que todo indivíduo tem de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outras questões constitua sua identidade, pode ser entendidos então como direito inerentes a pessoa na proteção da dignidade da pessoa humana. Estes vêm expressos no Código Civil de 2002 no Capítulo II, Artigos 11 a 21.

Segundo Silvio Rodrigues (1999, p. 126) “os direitos da personalidade são inatos, de forma que não se pode conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física e intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à imagem e àquilo que ele crê ser sua honra”.

O direito à identidade pessoal do ser humano, segundo Ana Claudia Brandão (2011, p. 132) “compreende tudo aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular, seja a sua história genética (dados biologicamente genéticos), seja sua história pessoal (dados sociais, identidade civil de ascendentes e descendentes)”.

Ainda segundo Ana Claudia Brandão (2011, p. 133), o reconhecimento da origem genética, consistem em:

saber sua origem, sua ancestralidade, suas raízes, de entender seus traços (aptidões, doenças, raça, etnia) socioculturais, conhecer a bagagem genético-cultural básica. Conhecer sua ascendência é um anseio natural do homem, que busca saber, por suas origens, suas justificativas e seus possíveis destinos. Não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, pela importância enquanto direito de personalidade.

Então, esta identificação se faz necessária, pois se tratar de um direito inerente ao ser humano de conhecer sua origem biológica e genética para seu desenvolvimento, sociocultural, psíquico, moral, espiritual do indivíduo. Ainda que esse direito não esteja de forma explícita, ele traduz o direito à personalidade, visto que não se pode proibir ao indivíduo que foi gerado através da inseminação heteróloga, o reconhecimento de suas origens biológicas.

Acredita-se que a personalidade, a aparência física ou mesmo o íntimo de cada pessoa, bem como algumas doenças possam hereditárias ou transmitidas de descendência em descendência, fazendo parte, portanto, da identidade dos genomas de cada um. Então conhecer suas origens genéticas, faz-se necessária, tendo em vista, que conhecer o histórico de saúde de seus parentes próximos, poderia prevenir ou remediar problemas de saúde genéticos, bem como solucionar aqueles que fossem necessárias uma maior compatibilidade genética e sanguínea entre os indivíduos, ainda tem a possibilidade de evitar relacionamentos incesto entre ascendentes e descendentes ou vice versa ou entre irmãos.

Segundo ensinamentos de Ana Claudia Brandão (2011, p. 134):

Na maioria das vezes, pretende-se ter acesso à origem genética por questões psicológicas, pela necessidade de se conhecer. Em certos casos concretos, o fato de não se saber de onde veio do ponto de vista biológico, pode comprometer a integração psíquica da pessoa.

Poder identificar seu exórdio genético é imprescindível para o ser humano, em todos os sentidos e principalmente, no que diz respeito, ao psicológico e sociológico, médico, bem como o jurídico. Este reconhecimento do direito as origens genético respeita o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de grande parte dos doutrinadores brasileiros concordarem e reconhecerem a importância da criança gerada pelo procedimento de reprodução assistida saber a sua origem genética, ainda há certa confusão quanto aos efeitos que este reconhecimento irá gerar para a filiação e quais seriam os direitos e deveres decorrentes desta filiação.

Conclusão

No cenário jurídico atual, a Constituição Feral, passou a garantir vários direitos que em outras constituições eram extintos. Por fim, a igualdade defendida pela Constituição Federal de 1988, é uma igualdade material, onde a lei trata igualmente os desiguais na mesma medida de sua desigualdade.

O direito á filiação passou por diversas mudanças, passando a reconhecer os filhos independentes de sua origem, de forma igualitária sendo defeso a diferenciação de tratamento e direitos.

Diante do exposto, é possível compreender que o doador de sêmen deveria ser responsabilizado de alguma forma pelas doações que realizasse para as inseminações artificiais heterologas pelo fato de se tratar de uma vida que é constitucionalmente protegida pela Carta Magna.

O marido ao autorizar a inseminação artificial heteróloga toma para si a responsabilidade de pai pelo resto da vida conforme o art 1.597, V, tomando para si todos os efeitos jurídicos decorrentes da paternidade mesmo que o vínculo existente entre eles seja de filiação socioafetiva e conforme citado anteriormente em momento algum a paternidade pode ser contestada pois segundo a lei houve aceitação, desta forma há presunção de paternidade.

No entanto, podem-se verificar outras situações, entretanto nem todas são amparadas pela lei. Tal como inseminação heteróloga, fertilização independente, ou em casos de impotência, que não possui regulamentação pertinente. Nos casos de inseminação artificial heteróloga o doador do sêmen deveria responder também pela paternidade já o direito atualmente permite o registro de uma criança em nome de ou mais pais através da multiparentalidade. O Estatuto da Criança e Adolescente é um dos guardiões do direito dos menores recebendo uma superproteção, já que os mesmos necessitam de amparo por serem incapazes de exercer seus direitos pessoalmente nos atos da vida civil, sendo representados por seus pais para tal.

Por fim para resolver a situação da responsabilização do doador do sêmen existem algumas alternativas para regulamentação da situação em tela. Seria as seguintes:

1. A primeira poderia regular as questões de saúde, para os casos de anomalias genéticas visando prevenção da saúde da criança.
2. A segunda sugestão seria o doador, no ato da doação, dispor da autorização de utilização de seu material genético somente nos casos em que o marido consentisse com a inseminação

artificial heterol6ga caso contrario recairia sobre tal a responsabilidade com a crian7a, para isso n6o haveria o sigilo entre o doador e o receptor para que alcan7asse assim um objetivo comum na constitui76o familiar .

A pessoa que 6 gerada atrav6s de reprodu76o assistida heter6loga, deve, ao menos, ter seus direitos subjetivos preservados, para, a seu crit6rio, definir se quer ou n6o utiliz6-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.62.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil...,2005, p. 1.295.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob ótica do novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.) Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-382.

Enunciado n. 103 do CNJ, das Jornadas de Direito Civil.

Enunciado n. 256 do CNJ, das Jornadas de Direito Civil.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5 : Direito de Família...,2016, p. 16

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358.