

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: DIREITO À FILIAÇÃO E O DIREITO AO SIGILO DE IDENTIDADE DO DOADOR.

¹Maria Mônica de Almeida

RESUMO:

As técnicas de reprodução assistida sempre despertaram calorosos debates entre a bioética e o biodireito. Muitas vezes, porque estes dois ramos da Ciência têm suas especificidades baseadas em convicções do próprio meio, sem uma preocupação maior com a interdisciplinaridade. Ocorre que, tanto o biodireito como a bioética se complementam. É impossível, neste fértil campo, ter uma visão jurídica dissociada da bioética. E o inverso também é verdadeiro. Na reprodução heteróloga, podemos perceber com bastante clareza esta ideia de conflitividade. Eis que não há direcionamento legal para tratar do assunto, pelo menos no que diz respeito a existência de normas primárias. O que há é uma regulamentação através de norma secundária, tratando-se de uma resolução do Conselho Federal de Medicina, deixando nas mãos do magistrado a difícil tarefa de decidir diante de um caso concreto.

ABSTRACT:

The assisted reproduction techniques always aroused heated debates between bioethics and biolaw. Often, because these two branches of science have their specific based convictions of the personal middle, without a greater preoccupation with the interdisciplinarity. It happens that both biolaw as bioethics complement. It's impossible, in this fertile field, have a vision legal dissociated of the bioehtic. And the reverse is also true. In the heterologous reproduction, we can see with so clearly this idea of conflictive. There is no statutory direction for dealing of the matter, at least as regards the existence of primary rules. What exists is a regulation through of secondary rule, in the case of a resolution of the Federal Medical Council, leaving in the hands of the magistrate the difficult task of deciding on a factual case.

¹ Doutoranda em Direito Privado pela *Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales* – UCES; Professora da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG; Professora da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras/PB – FAFIC.

Introdução

Quando o assunto envolve a biotecnologia, vários posicionamentos se apresentam: uns de forma a sustentar os seus princípios, outros de forma a repudiá-los, cada um com sua carga valorativa e fundamentadora nos aspectos científicos, éticos, morais, religiosos ou sociais.

O assunto tem despertado interesse em vários cleros sociais, sejam cientistas, empresários ou juristas. O fato é que as mudanças sociais têm trazido para o mundo jurídico a necessidade imperiosa de acompanhar estes anseios. O que se denota, muitas vezes, é a falta de conhecimento técnico-científico por parte dos juristas para apreciar e discutir tal assunto, o que traz verdadeiros embates no momento de uma decisão judicial.

Por outro lado, os cientistas, em regra, preocupam-se com o resultado de suas pesquisas apenas no seu campo de conhecimento, sem se darem conta dos possíveis prejuízos sociais que elas possam causar.

Diz-se que a bioética é regida por vários princípios, dentre eles, o princípio da beneficência e o da não maleficência. Por um lado, o princípio da beneficência exige a admissão de que se introduzam primícias genéticas que possam favorecer a saúde humana; e por outro, o de não maleficência, que traz um sentido de precaução, exigindo que se ponham barreiras ali onde essas primícias entranham verdadeiros riscos para a saúde e inclusive à vida dos homens.

O problema ascende, quando esta conflitividade ética ganha escopo na conflitividade jurídica na discussão, por exemplo, quanto à possibilidade ou não de revelação da identidade do doador na fertilização heteróloga, envolvendo um terceiro, abrindo espaço para investigação de paternidade ou maternidade em contraponto ao princípio da sigilosidade da fonte doadora, que das muitas vezes, é o que fundamenta a decisão do ser humano tornar-se um doador em potencial.

Naturalmente, o conflito se dá entre dois direitos fundamentais – o direito à identificação da paternidade em contraponto ao direito à privacidade, reservada pelo sigilo da identidade do doador. O ordenamento jurídico brasileiro traz como solução jurídica a técnica da ponderação de interesses. E neste aspecto, diante da colisão de direitos fundamentais, ambos protegidos constitucionalmente, a sua efetividade

se dá com o ativismo judicial, fundamentando a preponderância de um direito fundamental em face de outro.

O objetivo do presente artigo é fomentar a discussão acerca do assunto, considerando os contrapontos configurados através dos direitos fundamentais em conflito: o direito à filiação e o direito ao sigilo da fonte do doador. Não se tem a pretensão de encerrar o tema. Pelo contrário: trata-se, apenas, de um elemento introdutório para discussão, baseado na legislação e doutrina concernente.

1. Biotecnologia e biodireito

A biotecnologia pode definir-se como “o uso e a manipulação de organismos vivos, ou de substâncias obtidas destes, com objetivo de obter produtos úteis para o ser humano”². Já o biodireito tem sido entendido como um novo ramo do Direito que busca apreciar juridicamente as novas práticas humanas de manipulação da vida.

É, de fato, um assunto novo. E é este aspecto de novo que vem lastreado de dúvidas e incertezas, que das muitas vezes traz a ideia dos conflitos bioéticos. MALIANDI (2008, p. 234) bem retrata esta questão em sua obra *Teoria y Praxis de Los Principios Bioéticos* quando assim defende:

Buenos o malos, esperanzadores o amenazantes, los productos da La biotecnologia han dejado de ser ficciones y se han incorporado al mundo real. Aunque su presencia apenas comienza a notarse, sabemos que irá inevitablemente em aumento, y que pronto nos sentimos inundados por Ella. Pero estas nuevas posibilidades tecnológicas son, ante todo, precisamente eso: nuevas.³

Dentre os assuntos abordados pela biotecnologia encontramos a técnica da reprodução assistida.

² Definição referida na obra de Ricardo Maliandi, pag. 233 em nota de rodapé, proveniente de um seminário sobre a percepção social da biotecnologia, organizado pela Fundação Victor Grífols i Lucas no Centro de Referência de Tecnologia.

³ Em tradução livre: bons ou maus, incentivadores ou ameaçadores, os produtos da biotecnologia tem deixado de serem ficções e se têm incorporado ao mundo real. Embora sua presença apenas comece a ser sentida, sabemos que irá inevitavelmente crescer, e que pronto nos sentimos inundados por ela. Mas, estas novas possibilidades tecnológicas são, antes de tudo, precisamente isto: novas.

O Código Civil Brasileiro, ao tratar do assunto em seu artigo 1597, em seus incisos III, IV e V, utiliza ora a expressão fecundação, ora concepção, ora inseminação artificial. Com base nisso, o Conselho da Justiça Federal, em sua primeira Jornada, através do enunciado n 105, assim recomendou:

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Justifica, inclusive, através do enunciado nº 126 da mesma Jornada, a alteração das respectivas expressões pela indicada, considerando que as técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, assim entendida como a realizada fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino.

Diz, ainda, que as expressões fecundação artificial e concepção artificial utilizadas são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meios das técnicas de reprodução assistida é natural, embora com o auxílio técnico, mas, jamais artificial.

Já na III Jornada de Direito Civil, onde se discute acerca do assunto, a vertente estabelecida é que as expressões indicadas no artigo 1.597, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. (Enunciado nº 257), aquela realizada quando a fecundação é realizada em terceira pessoa, tendo em vista a impossibilidade primeira da doadora do que se prontifica a carregar a gestação em razão ou de laços de família ou de amizade, mas, jamais por razões mercantilistas ou econômicas.

2. Tratamento legislativo dado à matéria

O Ordenamento Jurídico Brasileiro prevê várias formas de filiação: a do filho biológico, concebido na constância ou não do casamento; filho consanguíneo,

havido por técnica de reprodução assistida homóloga, estando o marido vivo, ou mesmo se já falecido; filho consangüíneo, advindo de embrião excendentário, que restou de anterior reprodução assistida homóloga, mesmo que a inseminação se dê após a dissolução do casamento; filho adotivo e, finalmente, o filho de pessoas casadas ou não casadas, havidos de inseminação artificial heteróloga, com material genético de terceiro.

Para NERY JR e ANDRADE NERY (2009, p. 1140), neste tipo de fecundação heteróloga com material de terceiro, o grau de segurança jurídica para os descendentes e para o núcleo familiar de onde provêm é muito pequena. Não incide a presunção da paternidade do CC, artigo 1.597, V, e um exame de DNA negaria a paternidade biológica. O único fundamento para a paternidade é uma manifestação de vontade informal ou a prova da efetividade, que tiraria, mais uma vez, da facilidade da prova legal o fenômeno da filiação e o colocaria à mercê de qualquer tipo de prova para sua demonstração.

Sob o aspecto legal, o Código Civil de 2002, trata do assunto no Livro IV, dos seus artigos 1596 a 1619. No entanto, exclui do tratamento legal o filho de pessoas não casadas, havidas de inseminação artificial heteróloga, com material genético de terceiro.

O Conselho Federal de Medicina tratava do assunto através da Resolução nº 1.358/92. No entanto, esta Resolução foi revogada pela de nº 1957/2010, publicada no Diário Oficial em 06 de janeiro de 2011, cujo objeto é a adoção de normas éticas para a aplicação de técnica de reprodução assistida.

A exemplo da norma anterior, a resolução em vigor exige o consentimento informado, tanto do doador, como da receptora. Segundo a Resolução, os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida 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 efetivado em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Trata-se de uma norma secundária, de caráter especializado. No entanto, não há norma legislativa primária que aborde o tema de forma direta. É bem verdade que esteve em tramitação no Congresso Nacional o projeto de nº 4.686/2004, apensado ao PL nº 120/2003, cuja deflagração da discussão se deu na Câmara dos Deputados, com a autoria do Senhor Deputado José Carlos Araújo. No entanto, ambos os projetos foram arquivados na respectiva Casa Iniciadora do processo legislativo.

O primeiro projeto (4.686/2004) trazia como pedra angular da discussão “assegurar o direito ao conhecimento da origem genética ao ser humano gerado por técnicas de reprodução assistida (RA) e define o direito sucessório e o vínculo parental, nas condições que menciona” (vide ementa).

O objeto do projeto era assegurar o acesso, a qualquer tempo, ao interessado diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifestasse sua vontade, livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer estas informações solicitadas à parte requerente, assegurando-se o segredo profissional e de justiça.

No entanto, asseverava que a maternidade ou paternidade biológica resultante deste processo de reprodução assistida heteróloga não geraria direitos sucessórios. Mas, impunha a aplicabilidade dos artigos 1521, 1596, 1626 e 1628, todos do Código Civil, no que se refere aos impedimentos do casamento, mesmos direitos e qualificações dos filhos havidos fora do casamento, tratamento igualitário aos demais filhos e a relação de parentesco.

Justificava o seu autor que os progressos da engenharia genética revolucionariam o Direito de Família, sobretudo no que concerne às questões da paternidade e maternidade. E diante dessa realidade, não se poderia ignorar o avanço da pesquisa científica a possibilitar as várias formas de reprodução humana. Dentre outras razões, apontava que a compreensão das características físicas, psíquicas e comportamentais, até então desconhecidas, permitindo ao ser concebido nestas condições conviver com o imenso amor que os fez filhos afetivos e definitivos de quem desejou o seu nascimento, superando suas próprias limitações, preconceitos e resistência do grupo social. E isto representava uma forma de

proteção, nos dizeres do mesmo autor, muito mais digna do que uma existência fundada na mentira ou negação da verdade, suscetível de produzir lesão ao indivíduo.

Apenas, em sua justificativa, trazia a impossibilidade do direito a alimentos em relação aos pais biológicos mesmo sabendo quem são, desconstituindo qualquer vínculo, nem paternal, nem patrimonial, bem como de direito sucessório entre a pessoa concebida por técnica medicamente assistida heteróloga e o doador de gametas.

No entanto, pecava o projeto por não dispor desta norma em seu bojo, como o faz na sua justificativa. Isto poderia trazer sérias conseqüências no mundo jurídico, quando da sua efetiva aplicabilidade, pois lidava não só com o aspecto patrimonial, mas extrapatrimonial, também, com a afetividade, paternidade socioafetiva, ou até mesmo a possibilidade de responsabilização civil, por eventual transmissão de doenças infecciosas.

Mas, o reconhecimento da paternidade do Direito Brasileiro está bem mais evoluído que o simples aspecto genético. Passa pela afetividade, pelo conceito de família e pela posse do estado de filho.

Com muita propriedade, FACHIN apud NERY JR e ANDRADE NERY (2009, p. 1142)⁴ diz que a posse do estado de filho exige a presença de três qualidades: publicidade (objetiva visibilidade no meio social), continuidade (duração que revele estabilidade, mas que nem sempre exige atualidade) e ausência de equívoco. Os fatos que constituem a posse do estado de filho demandam prova, que pode ser feita pelos meios admitidos em Direito. A prova normalmente deve confirmar a presença dos elementos constitutivos da posse de estado, quais sejam, *nomen, tractus e fama*.

O fato é que hoje se exige uma paternidade responsável, no sentido de a própria Constituição da República exigir tratamento igualitário para os filhos, independentemente da forma como foram gerados.

E neste ponto, haveria um sério embate em relação aos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Isto porque em um deles – PL nº 1184/2003,

⁴ Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, PP. 157-58. Nota de rodapé.

previa a possibilidade de identificação do doador. Limitando, é bem verdade, ao simples conhecimento de quem seja o verdadeiro pai, mas assegurando a impossibilidade de geração de qualquer vínculo, salvo, os impedimentos patrimoniais.

Nos demais analisados, a postura era inversa: de não identificar o doador, assegurando-lhe total anonimato à sua identidade.

O fato é que, quaisquer destes projetos se fossem aprovados pelo CN, teriam sérias dificuldades jurídicas na sua efetiva aplicação, pois não há como assegurar ao cidadão a possibilidade de reconhecimento da paternidade, sem que isso gere conseqüências jurídicas inevitáveis. A Constituição da República traz em seu bojo a norma cogente de que todos os filhos deverão receber da lei tratamento igualitário, independentemente de sua origem ou forma de geração.

3. Tratamento dado pela doutrina do país

O tema tem trazido inquietudes à Comunidade Jurídica Brasileira, e em razão disto, o Conselho da Justiça Federal promoveu a discussão nacional através das Jornadas de Direito Civil, coordenadas pelo Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, restando elaborados vários enunciados acerca do tema.

Na Primeira Jornada de Direito Civil, destacam-se os enunciados nº 104 e 111, que tratam diretamente de emprego de material fecundante de terceiro ou, como mais conhecida na doutrina, a fecundação heteróloga.

O enunciado nº 104 traz à baila o elemento volitivo juridicamente qualificado, em substituição ao pressuposto fático da relação sexual, 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. Complementa o enunciado nº 111, que a reprodução assistida heteróloga atribui a condição de filho à criança resultante da técnica conceptiva heteróloga. Esclarecendo, inclusive, que neste tipo de reprodução assistida não há

qualquer estabelecimento de vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Porém, como afirma Delgado *apud* Silva (2007, p.67), os direitos fundamentais são prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade. E neste aspecto traz como valor central da sociedade e do ordenamento jurídico, o próprio ser humano, como detentor do atributo da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de *status* constitucional (art. 1º, III, CF/88), tendo inclusive a posição multifuncional (fundamento, princípio e objetivo).

4. Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo do Poder Judiciário, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça, traz dentro do seu perfil o aperfeiçoamento no serviço da prestação da Justiça, e por esta razão, tem estabelecido metas a serem cumpridas por todo o Poder Judiciário de ambas as esferas, estadual e federal.

Em razão destas metas a serem alcançadas, o Conselho tem ditado resoluções e provimentos para o bom desempenho dos Juízes e servidores com a finalidade de uma prestação jurisdicional de excelência.

Entre as metas estabelecidas no ano de 2010, o CNJ, através do Provimento nº 12, determinou que todas as Corregedorias dos Estados Federados encaminhassem, de forma que preserve o sigilo, para cada uma das 27 Corregedorias Gerais dos Tribunais de Justiça, os nomes e endereços dos alunos que, naquela unidade da Federação, que não possuíssem paternidade estabelecida, segundo os dados do Censo escolar.

De posse destes dados, a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado, ou do Distrito Federal, sempre preservando o nome e o endereço do aluno e de sua mãe, deveria encaminhar as informações ao Juiz competente para os procedimentos

previstos nos artigos 1º, IV e 2º, ambos da Lei n. 8.560/1992, e tomar as medidas necessárias para que eventuais exames de DNA decorrentes das medidas adotadas possam ser realizados com segurança e celeridade. Recebida a informação, o juiz competente providenciaria a notificação de cada mãe, para que comparecesse perante o ofício/secretaria judicial, munida de seu documento de identidade e, se possível, com a certidão de nascimento do filho, para que, querendo, informasse os dados (nome e endereço) do suposto pai, caso estes realmente não constassem do registro de nascimento. O aluno maior de idade seria notificado pessoalmente (art. 4º da lei n. 8.560/1992 e art. 1614 do Código Civil). Cumpre observar que todo o procedimento seria realizado em segredo de justiça.

O fato se justificou diante dos dados apresentados pelo Censo de 2009 que identificou 4.869.363 (quatro milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, trezentos e sessenta e três) alunos para os quais não existia informação sobre o nome do pai, dos quais 3.853.972 (três milhões, oitocentos e cinquenta e três mil, novecentos e setenta e dois) eram menores de 18 anos⁵.

Ocorre que pelo teor do referido provimento judicial, a paternidade abrangida pela medida é apenas aquela ocorrida, sem a necessidade de intervenção para reprodução assistida. Provocando, mais uma vez, o vácuo legislativo acerca do tema.

⁵ Dados estatísticos inseridos no Provimento supra mencionado, podendo ser acessado na página www.cnj.jus.br

5. Considerações finais

A medicina tem avançado a cada dia nos seus conceitos e descobertas. O Direito, por sua vez, embora reconhecidamente em vários ramos, tenha também dado o seu passo para o avanço, em outras mais, ainda continua sem preocupar-se com as inovações sociais que surgem de forma avançada. Com isto, os conflitos bioéticos e biojurídicos clamam por uma resolução pacífica, buscando um encontro de valores éticos e jurídicos para a resolução dos conflitos dessas duas forças.

A solução jurídica atualmente para a resolução desses conflitos encontra respaldo em apenas uma norma secundária, a Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina elaborada por técnicos desta área. Não há norma primária, elaborada por quem detém poder/dever de legislar, dirimindo tal conflito existente.

O fato de não haver legislação específica acerca do assunto, não retira do Magistrado a responsabilidade de julgar um caso concreto, trazendo-lhe uma sobrecarga social, eis que não é possível ao órgão do poder judiciário deixar de julgar uma lide, alegando obscuridade ou lacuna legislativa, dando a ele a possibilidade de utilizar-se dos mecanismos de integração da norma, diante do silêncio da lei. Na verdade, quando assim determina o ordenamento jurídico, está jogando a responsabilidade da ausência de discussão legislativa sob as costas do magistrado que independentemente de ter ou não respaldo legislativo, terá que apreciar o mérito da demanda, dirimindo o conflito porventura existente entre essas duas máximas: a bioética e o biodireito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135 p. ISBN 978-85-85572-93-8. Disponível em: <www.cjf.jus.br>.05 de outubro de 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução Nº 1957/2010. Disponível em <www.portalmedico.gov.br>. Acesso em: 3 de outubro de 2012

BRASIL. Senado Federal. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em www.senado.gov.br

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. In SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (coord). **Direitos Humanos: essência do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2007.

MALIANDI, Ricardo. **Teoria e Praxis de Los Principios Bioeticos**. Remédios de Escalada. De La UNLa – Universidad Nacional de Lanus, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Edição, revista, ampliada e atualizada ate 25.08.2009, Editora Revista dos Tribunais.
