

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, À LUZ DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO:

O DIREITO A ORIGEM GENÉTICA X O DIREITO A INTIMIDADE DO DOADOR¹

Jociane Geraldo²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS; 2.1 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (IA); 2.2 A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* (FIV) OU FIVETE; 2.3 TRANSFERÊNCIA INTRATUBÁRIA DE GAMETAS(GIFT); 2.4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COM ZIGOTOS (ZIFT); 2.5 GESTAÇÃO SUBSTITUTA; 3 A FUNÇÃO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS; 3.1 A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DAS NORMAS ÉTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA; 3.2 ALGUNS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA; 3.2.1 Estados Unidos da América; 3.2.2 Portugal; 3.2.3 Espanha; 3.2.4 Itália; 4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 4.1 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR; 4.2 A NÃO INTERFERÊNCIA DO ESTADO; 4.3 A POSIÇÃO DA IGREJA CATÓLICA SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA; 5 A FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETEROLÓGA; 5.1 O DIREITO A ORIGEM GENÉTICA E AS DIFERENÇAS DO ESTADO DE FILIAÇÃO; 5.2 O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE DO DIREITO AO SIGILO DO DOADOR, APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: Com os avanços científicos na área médica, casais com problemas de fertilidade buscam sua realização na família através da procriação por via artificial, sendo necessária a imposição de limites nos aspectos éticos e jurídicos da reprodução humana assistida. No Brasil ainda não há uma legislação específica que regulamente a matéria, o que de fato dificulta apontar soluções de conflitos que surgem a respeito do estado de filiação, especialmente quando o método artificial de procriação humana é a inseminação heteróloga. O Direito a origem genética do ser concebido se qualifica como um direito a personalidade, o que desencadeia discussões acerca do estado de filiação que este reconhecimento da origem genética atribuiria a paternidade ou maternidade do doador ao ser concebido. O reconhecimento à origem genética não é o mesmo reconhecimento de estado de filiação. Surge ainda o conflito de direitos fundamentais entre o Direito a origem genética e o Direito a intimidade do doador, ambos nascem do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo deve-se observar a relevância da necessidade desta revelação, há situações em que a necessidade de se ter o conhecimento da origem genética está ligado a questões psicológicas, de forma a levar ao comprometimento da saúde psicológica do indivíduo, ou seja, a sua integridade, o que significa que o fato de alguém querer conhecer sua origem genética meramente por curiosidade, sem que a ausência desta informação tenha

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo do Prof. Ma. Ana Cleusa Delben.

² Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2012. Email para contato. jocianegeraldo@gmail.com.

Ihe trazido algum dano psíquico, a inexistência de perigo a sua saúde ou de relacionamentos consanguíneos, não enseja e nem há que se falar em quebra do sigilo do doador. No caso de conflitos entre princípios constitucionais deve-se analisar a prevalência de um sobre o outro conforme o peso que cada um terá no caso concreto aplicando-se a lei da ponderação, e qual o princípio que será menos lesivo quando não aplicado em detrimento de outro, preservando a segurança jurídica por meio de uma argumentação jurídica racional sobre a preferência de um princípio com relação ao outro.

PALAVRAS-CHAVES: Reprodução; Origem Genética; Filiação; Ponderação.

RESUMEN: *Con los avances científicos en el campo de la medicina parejas con problemas de fertilidad buscar su realización en la familia a través de la procreación por medios artificiales, siendo necesario imponer límites a los aspectos éticos y legales de la reproducción humana asistida. En Brasil todavía no hay una legislación específica que rige la materia, que en realidad dificulta señalar la resolución de conflictos que surgen con respecto a la condición de miembro, especialmente cuando el método de la procreación artificial humana es la inseminación heteróloga. El derecho de origen genético de estar diseñado califica como un derecho de la personalidad, lo que desencadena las discusiones sobre el estado de pertenencia que este reconocimiento del atributo genético para la paternidad de donantes que se ha diseñado. El reconocimiento de origen genético no es lo mismo el reconocimiento de la condición de miembro. También surge el conflicto de derechos fundamentales entre origen genético ley y el derecho a la intimidad del donante, tanto nacen del principio de la dignidad humana. Sin embargo debe tenerse en cuenta la importancia de la necesidad de esta descripción, hay situaciones en que la necesidad de tener conocimiento del origen genético está ligado a problemas psicológicos, con el fin de llevar a un deterioro de la salud psicológica del individuo, es decir, su integridad, lo que significa que alguien que quiera conocer su origen genético simple curiosidad, sin que la falta de información que ha traído un poco de daño psíquico, la ausencia de peligro para su salud o relaciones consanguíneas, no motiva y tampoco hay que En términos de violación de la confidencialidad de los donantes. En el caso de los conflictos entre los principios constitucionales deben analizar la prevalencia de uno sobre el otro como el peso que cada uno tendrá en este caso mediante la aplicación de la ley de peso, y qué principio habrá menos dañino si no en detrimento de en segundo lugar, el mantenimiento de la seguridad jurídica a través de un argumento jurídico racional sobre la preferencia de un principio con respecto a la otra.*

PALABRAS CLAVE: Reproducción; Origen genético; Pertenencia; Ponderación.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa abordar que com os avanços científicos na área médica, muitos casais com problemas de fertilidade, buscam solução nos métodos e técnicas de reprodução humana assistida, sendo cada vez maior o número de seres concebidos por meio de técnicas e tecnologias que possibilitaram

ao homem interferir na procriação humana, assim no segundo capítulo serão tratadas as principais técnicas de reprodução humana assistida.

Esta disseminação da procriação por via artificial faz com que seja necessária a imposição de limites nos aspectos éticos e jurídicos, exercendo uma função importante o princípio da dignidade humana sobre a utilização da técnica de reprodução humana assistida, pois, trouxeram grandes modificações no Direito de Família, principalmente para o estado de filiação, desta forma no terceiro capítulo será estudado a função da Bioética e do Biodireito e seus princípios básicos, como a necessidade de inclusão das normas éticas no ordenamento jurídico e a regulamentação da reprodução humana assistida. No Brasil ainda não há uma legislação específica que regule a matéria, o que de fato dificulta apontar soluções de conflitos que surgem a respeito da utilização das técnicas e visando colaborar com a elaboração de norma regulamentadora no Brasil, será analisado alguns aspectos da legislação estrangeira de países como dos Estados Unidos da América, Portugal, Espanha e Itália, cujos textos de lei foram traduzidos para melhor compreensão.

No quarto capítulo demonstrar-se-á que o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado a moralidade, é a valoração do ser humano como pessoa e que médicos, pesquisadores, cientistas devem manter uma conduta ética nos procedimentos, não devendo tratar o ser humano como uma *res*, se abstendo de qualquer conduta ou tratamentos subhumanos, que lhes fira na dignidade. Será verificado também o direito ao planejamento familiar tutelado pela Constituição Federal de 1988 que garantiu nas relações das famílias uma liberdade responsável, e ao mesmo tempo o Estado invocou para si uma obrigação de não fazer, ou seja, a não interferência do Estado. Em seguida uma breve análise acerca da posição da igreja católica sobre a reprodução humana assistida.

No capítulo cinco tratar-se-á da filiação na reprodução humana assistida heteróloga, considerações sobre o direito a origem genética como um direito a personalidade e apontamentos das diferenças do estado de filiação na inseminação artificial heteróloga, que é quando um terceiro participa da procriação com a doação de material genético, além do conflito de direitos fundamentais, direito a origem genética em face do direito ao sigilo do doador, e que a aplicação da ponderação no caso concreto é a melhor solução para se assegurar a dignidade da pessoa humana.

O método utilizado neste trabalho é o dedutivo, partindo de conceitos da bioética e de normas deontológicas, além de normas jurídicas para analisar conflitos que surgem no âmbito das técnicas de reprodução humana assistida.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS

A reprodução humana assistida tem sido uma biotecnologia muito procurada por casais com problemas de fertilidade, além de casais homoafetivos e pessoas solteiras que buscam sua realização na família.

Adiante serão analisadas as principais técnicas de reprodução humana assistida, utilizadas pelos profissionais médicos e diferentes técnicas de aplicações.

2.1 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (IA)

A técnica de reprodução humana assistida, por meio da inseminação artificial substitui as relações sexuais, possibilitando a ocorrência gestacional, contribuindo para a reprodução humana, por meio apenas da união do sêmen e do óvulo; nesta técnica o material genético masculino é introduzido no útero, e a gestação se desenvolverá naturalmente.

Será homóloga quando o material genético pertencer ao casal envolvido no qual o ser concebido herdará informações genéticas do casal, e heteróloga quando ocorre a participação de um terceiro envolvido no procedimento, garantindo-se o anonimato do doador do material genético, na inseminação artificial o nascituro recebe metade da herança genética do casal ou nenhuma, se por ventura os dois gametas tenham sido doados.³

A inseminação artificial por se tratar de um procedimento que cria grandes expectativas, é importante que os profissionais médicos em observância aos princípios do Biodireito, apenas submetam as pessoas a estes procedimentos,

³FAVA, Juliane Carvalho de Souza. **A reprodução humana assistida e a tutela jurisdicional da identidade genética**. Universidade Paranaense. 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado) – UNIPAR, Programa de Pós-graduação em Direito Processual e Cidadania, Umuarama. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/test/arqs/cp124621.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2015.

quando todas as possibilidades de tratamento para combater a infertilidade tenham sido esgotadas.⁴

Tais técnicas passaram a ser mais utilizadas devido à criopreservação de espermatozoides, além de ser menos criticada já que a gestação ocorre de forma “natural”, pois a fecundação ocorrerá dentro do corpo da mulher.

2.2 A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* (FIV) OU FIVETE

Nesta técnica são extraídos óvulos da mulher, os óvulos e espermatozoides irão permanecer em um mesmo ambiente para que ocorra a fecundação.

Na fertilização *in vitro* (FIV) a fecundação ocorre fora do corpo da mulher e depois de fecundado o óvulo, este transformado em zigoto é novamente transferido para o corpo da mulher receptora para que possa se desenvolver, o material genético masculino pode ser do marido ou companheiro ou ainda de um doador.⁵

Contudo os embriões que se originam a partir da fecundação *in vitro* ficam congelados à espera de implantação no útero da mãe, e conseqüentemente aumentam a quantidade de embriões criopreservados nas clínicas de reprodução humana assistida, surgindo à discussão quanto ao destino correto destes embriões.⁶

Esta técnica gerou muitas discussões éticas e jurídicas por se acreditar que com o passar dos tempos poderiam começar a se criar humanos em laboratórios.

2.3 TRANSFERÊNCIA INTRATUBÁRIA DE GAMETAS (GIFT)

Apesar da técnica de reprodução humana assistida (GIFT) ser muito parecida com a *in vitro*, a mesma se difere porque a fertilização ocorrerá dentro do corpo da mulher. Esta técnica é mais aceita pela igreja católica, por se dar *in vivo*,

⁴FERRAZ, Ana Claudia B.de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família:** a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá,2011.p.44.

⁵FERRAZ, *op. cit.*, p.45.

⁶COLAFATTI, Ana Beatriz; PAULICHI, Jaqueline da Silva. Do Tratamento do Embrião Criopreservado na Reprodução Humana Assistida. *In:* R. FERMENTÃO, Cleide Ap. Gomes; FACHIN, Zulmar (Org). **O Reconhecimento dos Novos Direitos da Personalidade.** Maringá: 2015, p.157 – 167.

tendo em vista que a concepção se dará intracorporea, pois, o embrião descerá dentro das trompas até o útero.⁷

Os gametas são misturados e introduzidos por meio de um cateter especial nas trompas de falópio para que ocorra a fertilização.

2.4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COM ZIGOTOS (ZIFT)

Nesta técnica os óvulos são retirados da própria mulher ou de uma doadora, os óvulos ficarão em contato com o espermatozoide para que ocorra a fertilização fora do corpo da mulher, o procedimento se dá em laboratório, o óvulo fecundado neste estágio denomina-se zigoto.

A reprodução humana assistida com a técnica ZIFT, permite a transferência de óvulo já fertilizado para as trompas de falópio dentro do prazo de 24 horas e portanto melhor sucedido que a GIFT cuja transferência se dá de 3 a 5 dias, o médico tem condições de verificar se o óvulo foi fertilizado, e por isto as chances de sucesso com o procedimento são maiores.⁸

Importante salientar que confirmada à fecundação do óvulo, diminui-se consideravelmente a ocorrência de gravidez múltipla, já que poucos zigotos são introduzidos na mulher.⁹

Ressalta-se ainda que para a utilização desta técnica de reprodução humana assistida, não é recomendada para mulheres com problemas tais como: obstrução tubária, danos tubários significativos, problemas anatômicos uterinos e quando o esperma não é capaz de penetrar um ovo, além do que este procedimento deverá ser escolhido por casais que após um ano de tentativas não obtiveram sucesso na fecundação natural, e que mesmo com cinco anos ou seis ciclos de estimulação ovariana com inseminação intrauterina a mulher não tenha conseguido engravidar, conforme orientação do *American Pregnancy Association*.¹⁰

⁷ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.16.

⁸ AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION, Promoting Pregnancy Wellness. **Zygote Intrafallopian Transfer: ZIFT**. set. 2015.Disponível em: <<http://americanpregnancy.org/infertility/zygote-intrafallopian-transfer/>>. Acesso em: 10 dez.2015.

⁹FERRAZ, Ana Claudia B.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, 2011. p.48.

¹⁰ AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION, *loc. cit.*

Assim sendo os casais antes de submeterem-se a realização desta técnica deverão se enquadrar nos critérios e indicações estabelecidas para aumentar as chances de sucesso.

2.5 A GESTAÇÃO SUBSTITUTA

A gestação substituta tem por finalidade ajudar mulheres com dificuldades em gestar um filho, aquelas que não possuem condições de levar uma gestação a termo, em decorrência de alguma patologia grave que a impede de engravidar, necessitando assim da disponibilidade de outra mulher saudável e fértil que possa engravidar no seu lugar.

Neste sentido, Aline Mignon de Almeida, citada por Ana Claudia Brandão, explica que a gestação de substituição pode ocorrer de três formas: a mulher poderá ser inseminada com gametas de terceiros; ser fecundada por óvulo originário de fecundação *in vitro*, ou a mulher poderá receber em seu óvulo sêmen de outro homem que não seja seu marido ou companheiro, e em casos raros, quando a mulher que emitiu o óvulo só tiver condições de gerar a criança por um determinado período, a mãe biológica receberá o embrião quando tiver condições de prosseguir com a gestação.¹¹

Portanto, analisando as situações em que poderá ocorrer a gestação de substituição é possível verificar a distinção entre mãe portadora e mãe substituta. A primeira recebe embriões resultantes da fecundação *in vitro*, emprestando seu útero ao casal solicitante, enquanto que a segunda se dispõe a emprestar seu útero e seus óvulos, que serão inseminados com o material genético do marido ou companheiro da mulher que a solicitou, mesmo considerada mãe biológica do ser concebido, entregará a criança ao casal.¹²

Portanto a mulher que gera um filho em seu ventre recebendo gametas de terceiros, não tem a informação genética transmitida ao filho, tecnicamente falando, os pais biológicos são os que forneceram o material genético.

No Brasil é proibida a onerosidade deste tipo de gestação, apesar de o Conselho Federal de Medicina permitir à prática desde que seja gratuita, e que a

¹¹ ALMEIDA *apud* FERRAZ, Ana Claudia B. 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, 2011.p.49.

¹² BOTELHO, Késsia. **Barriga de aluguel e suas implicações**. 2014. Artigo Científico (Graduação em Bacharel Direito) Faculdade do Norte Novo de Apucarana- FACNOPAR, Apucarana. p. 09.

mãe de substituição seja parente em até quarto grau da mãe gestacional, estando os demais casos sujeitos a autorização do Conselho, além de observância as condições para realização do procedimento.¹³

Salienta-se ainda que a gestação de substituição no caso de se determinar a maternidade poderá ser atribuída tanto em favor da mãe biológica que encomendou a gravidez, como também pode não configurar no caso de gametas estranhos, ou da mulher que gerou.

Devido à ausência de legislação específica que regulamente o instituto da reprodução humana assistida no Brasil, na ocorrência de conflitos tais como ocorrem na inseminação heteróloga e na maternidade de substituição, devem os operadores do Direito recorrer-se aos princípios constitucionais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e aos princípios aplicáveis ao Direito de Família, que serão estudados mais adiante.

3 A FUNÇÃO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO E SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

Com a disponibilidade de recursos tecnológicos oferecidos pela ciência com o objetivo de proporcionar aos diversos modelos de família e as pessoas com problemas de fertilidade a possibilidade de ter um filho, por meio de qualquer técnica de reprodução humana assistida, é fundamental conhecer a função da Bioética e do Biodireito, assim como seus princípios básicos.

A Bioética possui um papel fundamental no incremento de valores morais e princípios éticos por parte dos pesquisadores, nas condutas médicas relacionadas a questões jurídicas que surgiram juntamente com os avanços tecnológicos nas técnicas de reprodução humana assistida, impondo limites as descobertas científicas e seus usos.

Sobre estes avanços científicos leciona Mayana Zatz, que o Direito precisa acompanhar as transformações da sociedade e as descobertas científicas, pois, a cada dia surgem novas descobertas que interferem na vida do homem de forma inevitável, sendo que todas as diferenças entre um indivíduo e outro não são simplesmente atribuídas pelos genes.¹⁴

¹³ BRASIL, **Conselho Federal De Medicina**: Resolução 2.121/2015, p. 119 -06. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em 10 out.2015.

¹⁴ ZATZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avôs não faziam. São Paulo: Globo, 2011, p. 34-35.

Devido à facilidade que a ciência possui em manipular a vida, se faz necessária a intervenção da Bioética e do Biodireito, para que esta manipulação não extrapole limites que ferem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste sentido leciona Maria Helena Diniz que a função primordial da Bioética e do Biodireito é coibir atos de pesquisas e procedimentos antiéticos envolvendo a genética, que transforme o ser humano em mero objeto de experiência, não respeitando sua dignidade como pessoa humana e o direito a vida, que são direitos consagrados e fundamentados do Estado Democrático de Direito.¹⁵

Visando esta proteção da pessoa humana, os princípios da Bioética foram apresentados pela primeira vez no Relatório de Belmont em 1978 pela Comissão Norte Americana, objetivando a Proteção da Pessoa Humana na Pesquisa Biomédica e Comportamental, mencionando três princípios: Princípio da Autonomia, Princípio da Beneficência e o da Justiça, sendo que no ano de 1979 foi acrescentado no Relatório de Belmont por Beauchamp e James Childress o Princípio da Não Maleficência.¹⁶

O Princípio da Autonomia é o direito de livre escolha que o indivíduo possui com relação aos procedimentos que pretende submeter-se, cabendo a equipe de saúde atender a sua vontade, respeitando os limites éticos e morais.

O Princípio da Beneficência, está relacionado com o bem estar do indivíduo, os procedimentos a serem realizados devem objetivar benefícios a saúde do mesmo evitando-se prejuízos e danos.

O Princípio da Justiça garante o acesso de forma igualitária aos serviços de saúde, pois a saúde é direito de todos além de ser um dever do Estado, tal princípio encontra-se expressamente na Constituição Federal de 1988.¹⁷

O Princípio da Não Maleficência significa que os procedimentos não devem causar danos ao indivíduo, portanto, os profissionais devem se atentar no que será realizado e quanto à necessidade de ser feito, se o tratamento expor em risco o indivíduo o ideal é que não se faça, tendo em vista que o Princípio da

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. Aum. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.41.

¹⁶ ZARELLI, A.M.M. et al. Análise Sobre a Discussão Acerca da Eutanásia. *In: Direito e Bioética em Foco: Uma análise multidisciplinar*. 2 ed. Vivens. Maringá, 2014, p.16-17.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. Vade mecum saraiva*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

Art.196. A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Beneficência está relacionado com o bem estar da pessoa e deve lhe promover saúde.¹⁸

Embora seja difícil o reconhecimento do quanto a evolução das técnicas de medicina especialmente quando se fala em Reprodução Humana Assistida, trouxeram consequências significativas para a sociedade além de implicações jurídicas, é importante que os profissionais de saúde, cumpram com seus deveres éticos, desta forma se faz necessário que as normas Bioéticas sejam regulamentadas.

3.1 A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DAS NORMAS ÉTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

No Brasil ainda não há legislação específica da reprodução humana assistida, deixando em aberto várias questões tais como: onerosidade e gratuidade da gestação substituta e a atribuição da maternidade, o destino de embriões excedentários, o acesso de informações sobre o doador de gametas dos filhos advindos de inseminação heteróloga, limites na conduta dos profissionais entre outras questões sem respostas no Brasil.

A única regulamentação que impõe aos profissionais da área de saúde normas éticas a serem observadas, atualmente é a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina e a mesma não impõe sanções em caso de ocorrência de práticas procedimentais indevidas.¹⁹

Leciona Maria Helena Diniz que a ausência de legislação que regulamente a reprodução humana assistida, que tudo o que não for proibido está permitido, dando total liberdade de ação na área de embriologia e engenharia genética aos cientistas da área biomédica, e que portanto, devido à omissão da norma deve-se aplicar o artigo 4º da Lei de introdução ao Código Civil.²⁰

Importante salientar que o Direito ao Planejamento Familiar está

¹⁸ ZARELLI, A.M.M. et al. Análise Sobre a Discussão Acerca da Eutanásia. *In: Direito e Bioética em Foco: Uma análise multidisciplinar*. 2 ed. Vivens. Maringá, 2014, p.16-17.

¹⁹ BRASIL, **Conselho Federal De Medicina**: Resolução 2.121/2015, p. 119 -06. Texto está anexo. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em 10 out.2015.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. Aum. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 747.

previsto na Constituição Federal de 1988,²¹ no entanto, grande parte da população continua sem acesso aos serviços de reprodução humana assistida. As pessoas menos favorecidas economicamente com problemas de fertilidade enfrentam dificuldades na busca pelo serviço gratuito.

Sobre as dificuldades de se buscar tratamento para infertilidade gratuitamente explica o ginecologista Nelson Antunes Jr, presidente da Sociedade Paulista de Medicina Reprodutiva em entrevista concedida a Bolsa de Mulher que:

[...] a determinação da portaria 3.149 não é suficiente para atender a demanda pelo procedimento no país. “atualmente são atendidos cerca de 1.800 casos por ano, o recomendado é que sejam 1.000 casos para cada 1 milhão de habitantes”, explica, lembrando que o Brasil tem cerca de 200 milhões de habitantes. “ Quando foi divulgado que havia este serviço na Santa Casa de São Paulo, em um dia formou-se uma fila de 4 anos.”²²

Em outra reportagem de levantamento sobre as técnicas de fertilização no Brasil realizado pelo G1, por meio de coleta de dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, consta que entre 2011 e 2014, houve um aumento de 106% do número de FIVS realizadas no país, por mães heterossexuais e homossexuais, o procedimento saltou de 13.527, em 2011 para 27.871, em 2014. Consta ainda na reportagem que segundo especialistas o crescimento se deu pelo implemento de novas regras pelo Conselho Federal de Medicina, além da queda do preço do tratamento, que no ano 2000 a fertilização *in vitro* custava em torno de R\$ 20.000,00 e R\$ 30.000,00 que atualmente gira em torno de R\$ 10.000,00 e R\$ 15.000,00 parcelados por algumas clínicas em até 12 vezes. O Sistema Único de Saúde, oferece a fertilização desde 2009, mas existe apenas 12 unidades hospitalares que oferecem o tratamento para infertilidade.²³

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

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.

²² PAGAN, Manuela. Tratamento de infertilidade pelo SUS: como fazer reprodução assistida gratuitamente. **Bolsa Saúde de Mulher**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.bolsademulher.com/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

²³ CARVALHO, Eduardo. Número de fertilizações *in vitro* mais que dobra no Brasil em quatro anos. **G1**, São Paulo, 23 maio, 2015. Disponível em: <<http://gi.globo.com/bemestar/noticia/2015/05/numero-de-fertilizacoes-vitro-mais-que-dobra-no-brasil-em-quatro-anos.html>>. Acesso: 30 dez. 2015.

Portanto, verifica-se que grande parte da população brasileira, não possui acesso as técnicas de reprodução humana assistida, devido o seu alto custo e poucas unidades de atendimento, embora a Lei 9.263/96 traga a obrigatoriedade de que os serviços sejam oferecidos pelo Sistema Único de Saúde²⁴ muitos brasileiros continuam com seu Direito ao Planejamento Familiar de certa forma inviabilizado, por não ter condições de pagar pelo tratamento.

Menciona-se ainda a Lei 11.935/2009 que obriga que os planos de saúde arquem com os custos para utilização das técnicas de reprodução humana assistida²⁵ também contribuiu com o aumento da procura pelos procedimentos, tornando ainda mais necessário uma regulamentação sobre a matéria.

Leciona Scalquette que a regulamentação da reprodução humana assistida no país deve ser prevista já que surgem sérias implicações que consequentemente interferem diretamente na formação familiar.²⁶

O Brasil se preocupou em usufruir da biotecnologia, mas se absteve das implicações éticas e jurídicas que tal modernidade científica trouxe consigo, sendo que a urgente regulamentação destas normas éticas e jurídicas é questão social de elevada importância, com todos estes avanços científicos que transformaram a sociedade, o Direito não pode estagnar, pois, com uma legislação específica, muitas discussões e controvérsias poderiam ser encerradas. O Direito como função reguladora precisa acompanhar a evolução da ciência.

3.2 ALGUNS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

²⁴BRASIL, Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 12 de jan. de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 22 dez.2015.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

²⁵ BRASIL, Lei 11.935, de 11 de maio de 2009. Altera o art. 36-C da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília 12 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 14 dez.2015.

“Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar.

²⁶ S. SCALQUETTE, Ana Cláudia. Reprodução assistida e a estabilidade das relações familiares. *In: Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152885/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso: 06 jan. 2016.

A reprodução humana assistida possui regulamentação específica em vários países e alguns aspectos relevantes serão abordados, com objetivo de contribuir para a criação de normas que regulem a situação no Brasil.

3.2.1 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos as técnicas de reprodução humana assistida são regulamentadas por cada estado de sua federação devido à autonomia legislativa que cada ente possui, os que não têm disposições próprias sobre reprodução assistida, seguem o *Uniform Parentage Act*, assim sendo será analisado algumas questões sobre a regulamentação da reprodução humana assistida baseada na regulamentação do Código de Família do estado do Texas que trata da matéria no subcapítulo 160, e depois um panorama geral de como o assunto é tratado no país.²⁷

A gravidez de substituição é tratada no Código de Família do estado do Texas no subcapítulo I de Acordo Gestacional, e o termo conhecido no Brasil como mãe substituta lá é tratado como “mãe gestacional”, e se define como sendo mulher que dá luz a uma criança concebida sob um acordo judicial.²⁸ (tradução nossa).

O subcapítulo não faz menção sobre onerosidade no acordo, a exigência expressa contida é a de que os pretensos pais sejam casados entre si, pois cada um deverá ser parte no acordo gestacional, a lei autoriza a convenção entre as partes envolvidas, ou seja, entre a mãe gestacional e os pais contratantes, na qual a mãe gestacional abre mão de todos os direitos sob a criança gerada por ela, os pais contratantes é que serão os efetivos pais da criança.²⁹

Na seção 160, 754 “c” da referida lei exige expressamente que no acordo gestacional esteja claramente estabelecido que os ovos utilizados no procedimento da reprodução assistida sejam de um parente dos pretensos pais ou

²⁷ ²⁷TEXAS. Added by Acts 2003, 78th Leg., ch. 457, Sec. 2, eff. Sept. 1, 2003. **Amended by Acts** 2015, 84th Leg., R.S., Ch. 1 (S.B. 219), Sec. 1.077, eff. April 2, 2015. Disponível em: <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/FA/htm/FA.160.htm>>. Acesso: 20 dez. 2015. p.40.

²⁸ TEXAS, *loc. cit.*

²⁹ TEXAS, *loc. cit.*

da mãe contratante, ou de um doador, é terminantemente proibida à utilização de ovos da mãe gestacional no procedimento.³⁰

Ressalta-se ainda que no acordo também deverão estar previstos todas as informações sobre o procedimento por um profissional médico, deixando as partes cientes quanto a taxas de sucesso, riscos associados a várias implantações de embriões e a saúde, além de despesas com o processo entre outros previstos na letra “d” do dispositivo.³¹

Finalizado todas as formalidades do acordo, inicia-se a fase de validação do acordo prevista na seção 160.755, que deverá ser anexado com a petição inicial, também será necessário que o médico apresente evidência de que a mãe pretendente não possui condições de levar uma gravidez a termo ou dar a luz a uma criança, por problema de saúde.³²

Se atendidos todos os requisitos previstos na seção 160.756 subseção “b”, o tribunal validará o acordo e declarará que os pretensos pais, serão os pais da criança nascida no âmbito de um acordo gestacional, a validação do acordo apenas será revista pelo tribunal em caso de abuso de poder.³³

Quando se fala em criança concebida por meio de técnicas de reprodução humana assistida heteróloga tanto a legislação do estado do Texas quanto de forma geral no país, consideram que o doador não é o pai da criança. Ele só será o pai se tiver expressamente consentido. A identidade do doador também é preservada, e a possibilidade de revelação se dá por autorização judicial além de serem necessários motivos relevantes que ensejem a revelação.³⁴

É permitida no país a comercialização de materiais genéticos como óvulos e esperma, explica Ana Claudia Brandão que “ocorre uma verdadeira eugenia, tendo em vista que os compradores do ‘material’ escolhem o filho que pretendem ter, como se fosse uma mercadoria em uma prateleira de supermercado”³⁵, mais adiante explica que esta comercialização no país “ocorre

³⁰TEXAS. Added by Acts 2003, 78th Leg., ch. 457, Sec. 2, eff. Sept. 1, 2003. **Amended by Acts** 2015, 84th Leg., R.S., Ch. 1 (S.B. 219), Sec. 1.077, eff. April 2, 2015. Disponível em: <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/FA/htm/FA.160.htm>>. Acesso: 20 dez. 2015. p. 41.

³¹ TEXAS, *loc. cit.*

³² TEXAS, *op. cit.*, 42.

³³ TEXAS, *loc. cit.*

³⁴ TEXAS, *op. cit.*, p. 45-46.

³⁵FERRAZ, Ana Claudia B. 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, 2011. p. 66.

porque os óvulos e espermatozoides são considerados partes renováveis do corpo humano.”³⁶

Analisado estes aspectos da lei americana, percebe-se que é uma legislação flexível e permissiva.

3.2.2 Portugal

Em Portugal a lei nº 32/2006³⁷ regula as técnicas de reprodução humana assistida no país, a qual foi aprovada em 25 de maio de 2006 e promulgada em 11 de julho do mesmo ano.

A primeira preocupação encontrada logo de início está expressa no artigo 3º da lei, é o respeito à dignidade da pessoa humana, proibindo a discriminação fundada no patrimônio genético ou de ser nascido por meio de umas das técnicas de reprodução humana assistida.³⁸

As condições de admissibilidade estão previstas no artigo 4º e não é um método alternativo de procriação, para poder utilizar as técnicas de reprodução humana assistida é necessária que se tenha um diagnóstico comprovando a infertilidade, doença grave, ou riscos de transmissão de doenças de origens genéticas, infecciosas entre outras.³⁹

As pessoas que poderão se submeter às técnicas de fertilização conforme dispõe o artigo 6º devem ter acima de 18 anos, não devem estar separadas judicialmente ou de fato, poderá ainda ser feita por casais que se encontrem em união estável no mínimo há dois anos. Importante salientar que ficaram excluídos do rol os casais homoafetivos e pessoas solteiras.⁴⁰

No que se refere à maternidade de substituição é tratada no capítulo I em seu artigo 8º, considerando nulos os negócios jurídicos de natureza gratuita ou

³⁶ FERRAZ, Ana Claudia B. 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, 2011. p.67.

³⁷ PORTUGAL, Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. **Procriação medicamente assistida**. A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c do artigo 161.º da Constituição. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015. p. 01.

³⁸ PORTUGAL, *loc. cit.*

³⁹ PORTUGAL, *loc. cit.*

⁴⁰ PORTUGAL, *loc. cit.*

onerosa, além de considerar sob todos os efeitos legais a mulher que gerou mãe da criança advinda.⁴¹

É proibida a venda de óvulos e espermatozoides, mas é permitida a doação e também é mantido sigilo da identidade dos doadores, a possibilidade de revelação está atrelada em motivos relevantes que deverá ser reconhecido judicialmente, no entanto, informações genéticas são fornecidas no caso de existência de impedimentos matrimoniais se o doador tiver consentido expressamente, mas também não se revela o doador.⁴²

A inseminação artificial heteróloga só é realizada se não houver sucesso na inseminação artificial homóloga e no artigo 21 da lei, exclui a paternidade do doador, o mesmo não é havido como pai da criança que vier a nascer.⁴³

É vedada a inseminação *post mortem* ainda que exista autorização do marido ou companheiro.⁴⁴

Quanto o destino dos embriões excedentários dispõe o artigo 25 que podem ser criopreservados por até 3 anos, decorrido o prazo poderão ser utilizados por outros casais desde que autorizado, ou podem ainda serem utilizados em pesquisa científica com observância no artigo 9º que disciplina a investigação com recurso embrionário se tiver sido dado consentimento expresso do casal donos do material, não é permitido o descarte e destruição dos embriões.⁴⁵

A lei também prevê sanções no capítulo VII se feridos qualquer norma nela contida tanto para os profissionais quanto para as pessoas que se submeterem as técnicas de reprodução humana assistida, serão responsabilizados criminalmente.⁴⁶

A lei portuguesa tratou da matéria de forma abrangente e significativa, porém o ponto negativo foi à exclusão das pessoas solteiras tendo em vista os modelos de família monoparentais e dos casais homoafetivos, negando-lhes o direito de serem mães e pais.

⁴¹ PORTUGAL, Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. **Procriação medicamente assistida**. A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c do artigo 161.º da Constituição. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015. p. 02.

⁴² PORTUGAL, *op. cit.*, p. 03- 04.

⁴³ PORTUGAL, *op.cit.*, p. 05.

⁴³ PORTUGAL, *loc. cit.*

⁴⁴ PORTUGAL, *loc. cit.*

⁴⁵ PORTUGAL, *op. cit.*, p. 06.

⁴⁶ PORTUGAL, *op. cit.*, p. 08.

3.2.3 Espanha

A lei espanhola 14/06 em seu artigo 5 permite que ocorra a doação de materiais genéticos desde que seja de forma gratuita, poderá apenas ser dado ao doador uma compensação econômica por moléstias físicas que tenha sofrido ou para compensar algum outro gasto que tenha tido com a doação, de forma que isto não se torne um incentivo comercial.⁴⁷ Os doadores deverão ser maiores de 18 anos, garante também o anonimato dos doadores, e em alguns casos permite-se que os nascidos das técnicas de reprodução humana assistida tenham acesso a informações sobre o doador, importante salientar que no caso da necessidade de revelação do doador a este não será atribuída paternidade ou maternidade, além da revelação apenas envolver as partes envolvidas.⁴⁸

O artigo 5 n.7 prevê ainda que o número de filhos nascidos de um mesmo doador de gametas não exceda a seis, é de responsabilidade de cada clínica trocar informações a respeito de outras doações feitas pelo doador, e no caso de serem superiores ou restar dúvidas o material genético fornecido não poderá ser utilizado devendo ser destruído.⁴⁹

Dispõe o artigo 6 que qualquer mulher saudável e maior de 18 anos poderá se submeter às técnicas de reprodução humana assistida, solteiras ou casadas, não importando também a orientação sexual, no caso de mulheres casadas necessita de autorização do marido ou companheiro.⁵⁰

O artigo 7 da lei deixa claro que tanto a mulher quanto o marido, não poderão impugnar a paternidade ou maternidade dos filhos nascidos por meio de uma das técnicas de fertilização, além de tal informação não poder constar no registro civil que o filho nasceu de reprodução humana assistida, e que o estado de filiação será regido pelas regras da lei civil, com exceção de normas especiais.⁵¹

O artigo 9 trata da inseminação *post mortem*, que poderá ser realizada se houver autorização deixada pelo falecido para que o estado de filiação

⁴⁷ JEFATURA DEL ESTADO. Ley 14/2006, de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. **Noticias jurídicas**, Madri, 27 mayo 2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html>. Acesso em: 30 dez. 2015.

⁴⁸ JEFATURA DEL ESTADO, *op. cit.*, p. 06 – 07.

⁴⁹ JEFATURA DEL ESTADO, *loc. cit.*

⁵⁰ JEFATURA DEL ESTADO, *loc. cit.*

⁵¹ JEFATURA DEL ESTADO, *op.cit.*, p. 08.

possa ser reconhecido, a autorização tem prazo de 12 meses contados a partir da morte.⁵²

O artigo 10 regula a gestação substituta que é proibida, o contrato de gestação substituta é nulo de pleno direito tenha sido ele convencionado de forma onerosa ou gratuita, considerando mãe a mulher que teve o parto⁵³.

No artigo 11, n.4 diz respeito ao destino dos embriões criopreservados, que poderão ser utilizados pela própria mulher, serem doados para fins reprodutivos ou em último caso destinados para pesquisas como, por exemplo, células-tronco tratadas no artigo 15 da lei, não atendidas a nenhuma das opções os embriões serão destruídos.⁵⁴

Ressalta-se que no país é proibida a clonagem humana e que se escolha o sexo do filho, ao menos que esteja vinculado a alguma patologia genética em decorrência do sexo, as sanções estão previstas no capítulo VIII para quem descumprir quaisquer das regras no âmbito da lei resguardadas.⁵⁵

De forma geral conclui-se que a lei no país é aberta, pois, não traz um rol taxativo das técnicas de reprodução humana assistida, entende-se que se está aberta para novas interpretações no caso de surgirem novas técnicas, além de chamar atenção no que toca o Princípio da Dignidade Humana do Embrião, percebe-se que é uma lei bastante permissiva.

3.2.4 Itália

A lei 40/2004⁵⁶ regula a reprodução humana assistida no país e sua aplicação é praticamente inviável, pois, é bastante influenciada por parte do Estado do Vaticano e da Igreja Católica, dificultando que pessoas com problemas de fertilidade possam se utilizar das técnicas para resolver os problemas da infertilização.

⁵² JEFATURA DEL ESTADO. Ley 14/2006, de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. **Noticias jurídicas**, Madri, 27 mayo 2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I14-2006.html>. Acesso em: 30 dez. 2015. p. 09.

⁵³ JEFATURA DEL ESTADO, *loc. cit.*

⁵⁴ JEFATURA DEL ESTADO, *op.cit.*, p. 10.

⁵⁵ JEFATURA DEL ESTADO, *passim*, p. 15 – 18.

⁵⁶ PARLAMENTO ITALIANO, legge 19 de febbraio de 2004, n. 40. Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita. **Gazzetta Ufficiale**, 24 febbraio, 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040040l.htm>>. Acesso: 30 dez. 2015. p. 02.

Na Itália é proibida a doação de gametas, gestação de substituição e a técnica de reprodução humana assistida do tipo heteróloga previsto no artigo 4 n.3.⁵⁷

No país também se proíbe a escolha de sexo, mesmo que por razões de patologias genéticas, por outro lado se permite o aborto, e muitos casais acabavam abortando a gestação ao se ter conhecimento de que a criança terá uma patologia, casais sem problemas de fertilidade, mas com alguma doença genética não tinham acesso as técnicas de reprodução humana assistida, em maio de 2015 houve uma manifestação do Tribunal Constitucional da Itália que derrubou a lei e possibilitou que os casais se recorressem as técnicas de reprodução assistida e a seleção de embriões saudáveis, o Tribunal julgou de acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos que em 2012 já tinham reprimido a Itália argumentando que a escolha de embrião saudável é um direito do casal, e em 2014 a Corte também autorizou a doação de gametas e óvulos, pois a Itália era o único país europeu a impedir a doação.⁵⁸

No artigo 9 n.3 da lei estabelece que em decorrência da proibição prevista no artigo 4 n.3, o marido ou companheiro da mulher que realizou o procedimento de reprodução humana assistida, não poderá negar ao nascituro a paternidade, ao mesmo tempo deixa claro que o doador de gametas não será atribuído paternidade, assim como quaisquer vínculos de parentesco ou de obrigações legais.⁵⁹

O artigo 5 da lei diz que somente pessoas casadas ou que vivam em união estável, maiores de idade, em idade fértil e de sexos diferentes poderão utilizar as técnicas de reprodução humana assistida, excluindo as pessoas solteiras e casais homoafetivos.⁶⁰

O artigo 13 da lei veda pesquisas embrionárias, salvo se a pesquisa for para garantir o bom desenvolvimento e saúde do próprio embrião.⁶¹

⁵⁷ PARLAMENTO ITALIANO, legge 19 de febbraio de 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. **Gazzetta Ufficiale**, 24 febbraio, 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040040l.htm>>. Acesso: 30 dez. 2015. p. 02.

⁵⁸ IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização *in vitro***, Santo Agostinho, 26 de maio 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5649/tribunal+italiano+autoriza+sele%C3%A3o+in+vitra>>. Acesso em: 30 dez.2015.

⁵⁹ PARLAMENTO ITALIANO, *op. cit.*, p. 03.

⁶⁰ PARLAMENTO ITALIANO, *op. cit.*, p. 02.

⁶¹ PARLAMENTO ITALIANO, *op. cit.*, p. 04

Também é proibida a criopreservação de embriões e para se evitar o acúmulo de embriões excedentários nas clínicas, a lei estabelece em seu artigo 14 que os médicos só podem criar no máximo três embriões em cada procedimento e todos deverão ser implantados na mãe.⁶²

Esta regra também foi derrubada pela Corte Constitucional com o entendimento de que a limitação ao número de três óvulos fecundados, obriga a mulher a se submeter mais vezes ao procedimento o que prejudica sua saúde e a obrigação de implantar todos os óvulos fere o direito do planejamento familiar.⁶³

Analisado estes aspectos da lei italiana, verifica-se que se trata de uma norma regulamentadora totalmente ineficiente à medida que impede muitas pessoas de se utilizar das técnicas de procriação artificial por ser muito conservadora e diante das transformações que vive a sociedade torna praticamente impossível a sua aplicabilidade.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está ligado diretamente à moral, a ética e a condição de ser humano refere-se a sua valoração como pessoa, de forma que não se admite tratamento sub-humano ou que o indivíduo passe a ser tratado como coisa.

A suprema importância do princípio fez com que este alcançasse caráter de norma fundante, passando a ser norma embasadora além de jurídica, sendo trazido expressamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.”⁶⁴

Neste sentido médicos e pesquisadores, no que tange o poder de manipulação da vida humana devem sempre respeitar o ser humano, se abstendo

⁶² PARLAMENTO ITALIANO, legge 19 de febbraio de 2004, n. 40. Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita. **Gazzetta Ufficiale**, 24 febbraio, 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040040l.htm>>. Acesso: 30 dez. 2015. p. 05.

⁶³ IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização *in vitro***, Santo Agostinho, 26 de maio 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5649/tribunal+italiano+autoriza+sele%C3%A3o+in+vitro>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 05.

de condutas que lhe retirem esta condição, profissionais médicos e cientistas devem visar à contribuição para o bem estar do indivíduo, especialmente no que toca a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.⁶⁵

A ciência é um importante instrumento capaz de propiciar ao homem cada vez mais uma vida digna de ser vivida, desta forma é necessária a imposição de limites à medicina, pois nem tudo que é cientificamente possível é moral juridicamente e admissível, o ser humano deve ser tratado com respeito em todas as fases de sua vida, antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer.⁶⁶

Portanto, a criação de qualquer norma que vise regulamentar a reprodução humana assistida deverá levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, coibindo atos que causem lesão a sua dignidade humana.

4.1 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito ao planejamento familiar é tutelado pela Constituição Federal de 1988 em artigo 226, § 7º⁶⁷, é uma liberdade que o Estado se preocupou em dar as pessoas nas relações de família, mas de forma responsável.

Neste tocante verifica-se que a Constituição não faz menção a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, o que leva a concluir que tal garantia visa o planejamento familiar com concepção natural.

O texto constitucional consagrou no mesmo dispositivo a ideia pluralista de família garantindo a proteção do Estado,⁶⁸ portanto não se pode admitir que pessoas com problemas de fertilidade, além de outros modelos de famílias como casais homoafetivos e pessoas solteiras, não tenham acesso a este planejamento familiar, pois muitos ainda buscam sua realização na família.

⁶⁵ FERRAZ, Ana Claudia B. 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, 2011. p. 38.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. Aum. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41-42.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988), *loc.cit.*

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

[...]

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ressalta-se que o reconhecimento da união estável entre homem e mulher não se distingue da união estável homoafetiva, pois as convivências de ambos possuem a mesma base, ou seja, o afeto, portanto, a opção sexual não pode ser critério para se garantir o direito da família de ter filhos ou não.⁶⁹

Da mesma forma as pessoas que optaram em levar uma vida sem se envolver em um relacionamento e com desejo de ter filhos, não podem ser lhes negado o direito a utilização as técnicas de reprodução humana assistida, já que houve o reconhecimento da família monoparental digna de proteção em face do princípio da igualdade, o fato da criança nascer sem a figura de um dos genitores não fere o princípio do melhor interesse da criança porque não vai interferir na sua formação.⁷⁰

Importante salientar que o Código Civil de 2002 em seu artigo 1597, inciso III,⁷¹ permite a inseminação artificial homóloga *post mortem*, desta forma a mulher por vontade própria irá procriar e constituir uma família monoparental.

Portanto, a legislação não pode ser incoerente e não permitir que pessoas solteiras também usufruam o direito ao planejamento familiar com o uso das técnicas de reprodução humana assistida, pois a constituição protege a família monoparental como também não deixou de abranger nesta tutela as famílias monoparentais que pretendem se constituir.

4.2 A NÃO INTERFERÊNCIA DO ESTADO

Partindo-se da análise interpretativa dos Direitos e Garantias Fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988, o artigo 5º estabelece a igualdade entre todos sem distinção de qualquer natureza⁷², e o direito ao planejamento familiar está assegurado no artigo 226, § 7º⁷³, combinados com o artigo 9º da Lei 9.263/96 de que deverão ser oferecidos para o exercício do direito

⁶⁹ DIAS. Maria Berenice. Famílias plurais. In: **Manual do Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 45.

⁷⁰ FERRAZ, Ana Cláudia B. 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, 2011. p. 87.

⁷¹ BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 262.

⁷² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 06.

⁷³ BRASIL. Constituição (1988), *op. cit.*, p. 72.

ao planejamento familiar todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, desde que não ofereçam risco a vida e a saúde das pessoas, além de ser garantido a liberdade de opção.⁷⁴

Compreende-se que o direito ao planejamento familiar é um direito de todos e amparado constitucionalmente, o Estado tem a obrigação e o compromisso de oferecer igualdade de recursos e tratamentos no combate à infertilidade, permitindo que casais economicamente hipossuficientes tenham acesso as técnicas de reprodução humana assistida, igualmente aos casais com condições financeiras de arcarem com o tratamento, pois a maior parte dos procedimentos ainda são realizados por clínicas particulares e com um custo alto para grande parte da população.

Também se deve garantir sem preconceito, discriminação ou distinção o uso das técnicas de reprodução humana assistida, pelas pessoas solteiras e casais homoafetivos, pois negar a estas pessoas o direito de serem pais e mães é agir contrariamente aos direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente.

Verifica-se que tais dispositivos fazem surgir para o Estado uma obrigação de não fazer, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 7º de que com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o direito ao planejamento familiar é exercido de forma livre, cabendo ao Estado apenas promover condições científicas sendo proibido qualquer tipo de coerção por instituições oficiais ou privadas.⁷⁵

Tal regramento também foi consolidado no Código Civil no artigo 1565, § 2º de que o planejamento familiar é livre, não podendo haver nenhum tipo de coerção por instituições oficiais ou privadas.⁷⁶

Portanto, no Brasil adotou-se um sistema de controle ao planejamento familiar neutro, este controle deve ser exercido unicamente pela família, não sendo cabível nenhum tipo de interferência por parte do Estado, de

⁷⁴ BRASIL, Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 12 de jan. de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 22 dez.2015.

⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

⁷⁶ BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 259.

forma que é papel das famílias optarem pelos meios concepcionais e anticoncepcionais, métodos e técnicas de procriação sem que haja interferência do Estado.⁷⁷

Desta forma tais dispositivos ao mesmo tempo em que impõe para o Estado a obrigação de fornecer políticas de promoção ao planejamento familiar cria para o Estado uma obrigação de não fazer, no sentido de que ele não pode interferir neste planejamento, mas deve promover políticas econômicas, financeiras, educacionais e científicas que visem o acesso de todos, inclusive ao uso das técnicas de reprodução humana assistida.

4.3 A POSIÇÃO DA IGREJA CATÓLICA SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A igreja católica por sua vez, com o avanço da biotecnologia e o uso das técnicas de reprodução humana assistida, não se mostra favorável ao uso das mesmas, pois sempre defendeu o casamento e a procriação por conjunção carnal como ordem natural e divina.

Quando a reprodução humana assistida começou a se difundir sempre foi visto como uma prática ilícita e imoral, até hoje não se tem uma posição clara da igreja sobre a utilização das técnicas, o que se tem são algumas manifestações isoladas, pois o código canônico nunca tratou da matéria.⁷⁸

Mesmo após a reforma do código em 1983 a igreja católica continuou permanecendo sem se posicionar acerca da matéria, trazendo a ideia de que os casais devem conceber os filhos por via natural e no casamento, ou seja, dentro dos preceitos divinos.⁷⁹ O Cardeal Joseph Ratzinger ao se pronunciar sobre o

⁷⁷ VELTRINI, Maria C.Seara. **Planejamento familiar**: um direito ou um dever do casal? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fa350192410b66f>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

⁷⁸ GARBOSA, Júlia Mühl. **As técnicas de reprodução humana assistida**: a inseminação artificial *post mortem* e sua influência no direito sucessório. 2012. Monografia. (graduação de Bacharel em ciências jurídicas e sociais) da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Carazinho. p. 17. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/247/CAR2012Julia_Muhl_Garbossa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2016.

⁷⁹ GARBOSA, *loc. cit.*

problema de infertilidade dos casais que sonham em ter filhos disse que a estes só cabe a resignação.⁸⁰

Neste sentido D. Ivo Lorscheider defende que o uso das técnicas de reprodução humana assistida traz consequências terríveis para a humanidade, porque a procriação tem como fundamento o amor entre um homem e uma mulher, sem o amor o ser concebido não faz sentido.⁸¹

Já o padre Guareschi salientou que existem outros caminhos para se chegar ao amor, e se existe amor, tal fundamento aplicado na utilização da inseminação artificial está inserido dentro dos preceitos cristãos, pois o amor não pode ser reduzido simplesmente à relação sexual normal, a criança concebida por meio de técnicas de reprodução humana assistida também é fruto do amor.⁸²

Em entrevista concedida à Canção Nova, o Pe. Enzo Pegararo ao ser indagado sobre quais tratamentos são recomendáveis pela igreja católica, respondeu que a igreja recomenda que os fiéis cuidem de sua fertilidade para que não venham a perdê-la por motivos de doenças sexualmente transmissíveis, e que as mulheres precisam se programar melhor quanto ao estilo de vida para não chegar aos 40 anos de idade para só então pensar em ter um filho, a igreja apoia o desenvolvimento de técnicas que curem problemas de infertilidade além de tratamentos hormonais, cirúrgicos ou psicológicos, pois são moralmente aceitos pela igreja.⁸³

Questionado ainda sobre se as tentativas de gravidez forem infrutíferas qual a atitude que os casais deveriam tomar, e do por que a igreja é contra a reprodução humana assistida e as técnicas de reprodução *in vitro*, respondeu que, a igreja é favorável a prevenção, além de reconhecer o valor precioso da fertilidade, no entanto, os procedimentos a serem realizados devem acima de tudo respeitar a dignidade da pessoa humana, da sexualidade e da procriação, que não é moralmente aceitável as técnicas de reprodução assistida ou a reprodução *in vitro*, pois há uma grande manipulação que compromete a dignidade do casal e do nascituro, de que para uma mulher de 40 anos o sucesso da

⁸⁰ NETO, Antonio. H. Pedrosa; JUNIOR, José G. Franco. Reprodução assistida. *In*: COSTA, Sérgio I. F; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (org.). **Iniciação a bioética**. Conselho Federal de Medicina. Brasília – DF: 1998, p. 112.

⁸¹ NETO; JUNIOR, *loc. cit.*

⁸² NETO; JUNIOR, *loc. cit.*

⁸³ REGO, Danusa. Igreja apoia tratamentos para fertilidade. **Canção Nova**, Cachoeira Paulista, 08 jan.2014. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/igreja-apoia-tratamentos-para-fertilidade/>>. Acesso: 23 dez. 2015.

reprodução *in vitro* é de 5% a 10%, e o problema das técnicas também são os embriões excedentários, que a medicina e a ciência podem ajudar o homem, mas é necessário limites, pois há valores que estão em jogo.⁸⁴

Desta forma o pensamento e a posição da igreja católica são contra o uso das técnicas de reprodução humana assistida por considerá-las invasivas e dotadas de manipulação excessiva, podendo gerar consequências para a humanidade, além da grande preocupação com o destino dos embriões excedentários.

5 A FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETEROLÓGA

Como já explicado anteriormente, a reprodução humana assistida heteróloga ocorre por meio de doação de material genético de um terceiro, podendo este ser homem, mulher ou ambos.

Contudo a reprodução humana assistida heteróloga faz surgir diversas discussões no ponto de vista ético como também no ponto de vista jurídico, na Itália como já demonstrado, por exemplo, o uso da técnica não é nem permitida.⁸⁵

No entanto, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1597, inciso V, dispõe que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.⁸⁶

Desta forma compreende-se que a presunção de paternidade é absoluta, pois estando o marido casado com a mulher e autorizado o procedimento, o mesmo chama a paternidade para si, como se fosse “pai natural” do filho oriundo da técnica ou a mesma presunção de filiação socioafetiva da qual não poderá abrir mão.

⁸⁴ REGO, Danusa. Igreja apoia tratamentos para fertilidade. **Canção Nova**, Cachoeira Paulista, 08 jan.2014. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/igreja-apoia-tratamentos-para-fertilidade/>>. Acesso: 23 dez. 2015.

⁸⁵ PARLAMENTO ITALIANO, legge 19 de febbraio de 2004, n. 40. Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita. **Gazzetta Ufficiale**, 24 febbraio, 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040040l.htm>>. Acesso: 30 dez. 2015. p. 02.

⁸⁶ BRASIL, Código Civil (2002). Código Civil. In: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 262.

Neste sentido assevera Maria Helena Diniz que ocorre o reconhecimento *ope legis* da filiação não biológica ou socioafetiva, desta forma o “pai” não poderá impugnar a paternidade com fundamento na origem biológica.⁸⁷

No caso de vício da vontade de procriar terá que provar que o ser concebido por meio da técnica, é resultante de infidelidade da mulher ou de vício de consentimento por força dos artigos 1600 e 1602 do Código Civil.

Entende Welter que no caso de inexistência de autorização o cônjuge poderá negar a paternidade, se ainda não houver se consolidado a paternidade socioafetiva, permitindo a investigação da origem genética para alguns efeitos.⁸⁸

Importante salientar que vigora o princípio do sigilo do doador de material genético proibindo que este seja revelado, como também não lhe é atribuído à paternidade biológica que tem por objetivo preservar a unidade da relação familiar e da paternidade socioafetiva.⁸⁹

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 também garante o sigilo da identidade dos doadores de gametas e de seus receptores, e de forma especial por motivação médica poderá ser dado informações sobre o doador exclusivamente para os médicos, sendo vedada a revelação da identidade civil do doador.⁹⁰

Desta forma fica em aberto uma lacuna, pois na ausência de autorização e do não estabelecimento da socioafetividade, seria possível à desconstituição da paternidade e também não seria possível à atribuição da paternidade ao doador de material, portando uma verdadeira afronta ao direito de estado de filiação visto que o ser concebido seria um filho de ninguém.⁹¹

A técnica também pode ser utilizada por pessoas solteiras, e é bastante criticada pela doutrina já que será negado ao ser concebido o direito de ter

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. Aum. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 697.

⁸⁸ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: revista dos tribunais, 2003, p. 235.

⁸⁹ DINIZ, *op. cit.*, p.693.

⁹⁰ BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução 2.121/2015. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 24 de setembro de 2015, p.119. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>> acesso em: 10 out. 2015.

⁹¹ FERRAZ, Ana Claudia B. 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, 2011, p. 111.

um pai, “não se pode condenar o filho à orfandade unilateral”⁹². Nesta situação o ser concebido não estabelece vínculo de filiação com o doador sendo registrado somente no nome da mãe.

Por outro lado, entende-se que as pessoas solteiras possam utilizar a técnica de reprodução humana assistida devido ao reconhecimento das famílias monoparentais constitucionalmente, podendo também ser realizada por casais homoafetivos cujo STF (Supremo Tribunal de Justiça) lhes reconheceu os mesmos direitos da união estável que gozam os casais heteroafetivos.⁹³

Diante de tantas controvérsias verifica-se que a ausência de legislação sobre a reprodução humana assistida é cada vez mais necessária que se faça, de maneira a contribuir na solução determinados conflitos que ainda encontram-se sem solução, pois o Código Civil em vigor é omissivo em muitas questões, sendo que o tema é bastante complexo, cabe aos julgadores averiguar o caso concreto aplicando os princípios constitucionais mais adequados nos conflitos que venham a surgir.

5.1 O DIREITO A ORIGEM GENÉTICA E AS DIFERENÇAS DO ESTADO DE FILIAÇÃO

O direito a origem genética do ser oriundo das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente quando se fala em reprodução assistida heteróloga, acarreta inúmeras discussões de que o direito a origem genética seria o mesmo que reconhecer o estado de filiação o que consequentemente atribuiria a paternidade ao doador de material genético o qual tem direito de se manter no anonimato.

O direito a origem genética do ser concebido se qualifica como um direito a personalidade, encontra previsão em norma supralegal na convenção de

⁹² COUTO, Cleber. **Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga e a Monoparentalidade Programada**: A ciência como instrumento de felicidade da família. Jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41187/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-e-a-monoparentalidade-programada>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

⁹³ CONECTAS. Direitos Humanos. **ADI 4277 e ADPF 132**: União Estável Homoafetiva. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

direitos humanos do Pacto São José de Costa Rica regulamentado pelo Decreto nº 678/92.⁹⁴

Mesmo grande parte de a doutrina brasileira reconhecer que filhos oriundos de reprodução heteróloga tenham direito de conhecer sua origem genética devido à natureza personalíssima, muito se discute sobre seus efeitos na filiação.⁹⁵

Leciona Maria Helena Diniz, que o direito a origem genética do ser concebido está ligado a sua história de saúde dos seus parentes consanguíneos com finalidade preventiva de moléstia física, mental, ou de evitar incesto, que, portanto, não gera direitos a filiação tampouco direito alimentar e sucessório.⁹⁶

Neste sentido Roberto Moreira Filho explica que quando se permite ao ser concebido conhecer sua origem genética, este estará em gozo do seu direito de personalidade, podendo encontrar informações nos pais biológicos de forma a satisfazer todas as dúvidas que surgiram no decorrer de sua vida, desde suas características físicas, conduta comportamental ou histórica patológica.⁹⁷

Ressalta-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz previsão no artigo 27 que o adotado poderá ter acesso sobre os dados dos pais biológicos, não afetando a filiação estabelecida pela adoção.⁹⁸

Logo se verifica que o entendimento que prevalece é que o direito a origem genética está relacionado à história biológica do ser concebido, e este não se confunde e não é o mesmo que o estado de filiação já que a filiação socioafetiva se sobrepõe a ascendência biológica.

5.2 O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA EM FACE DO DIREITO AO SIGILO DO DOADOR, APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO

⁹⁴ BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf> acesso em: 11 set. 2015.

Art.3º. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

⁹⁵ FERRAZ, Ana Cláudia B.de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 136.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9 ed. Aum. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 695.

⁹⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica>>. Acesso em: 10 out.2015.

⁹⁸ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

O direito a identidade genética e o direito ao sigilo do doador ambos decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo necessário averiguar quais dos princípios deve prevalecer na insurgência de um conflito.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 garante o sigilo da identidade dos doadores de gametas e de seus receptores, e de forma especial por motivação médica poderá ser dado informações sobre o doador exclusivamente para os médicos, sendo vedada a revelação da identidade civil do doador.⁹⁹

Explica Ana Claudia Brandão que manter o sigilo do doador é uma forma de não inviabilizar as doações de materiais genéticos devido à garantia de não lhe ser atribuído à paternidade do ser nascido por meio de inseminação heteróloga, pois sem tal garantia não teria sequer existido doação.¹⁰⁰

Porém, há situações em que a necessidade de se ter o conhecimento da origem genética está ligado a questões psicológicas, de forma a levar ao comprometimento da saúde psicológica do indivíduo ou seja, a sua integridade.¹⁰¹

Portanto, o fato de alguém querer conhecer sua origem genética meramente por curiosidade, sem que a ausência desta informação tenha lhe trazido algum dano psíquico, a inexistência de perigo a sua saúde ou de relacionamentos consanguíneos, não enseja e nem há que se falar em quebra do sigilo do doador.¹⁰²

Logo diante de conflito de princípios constitucionais o caso concreto deverá ser analisado pelo julgador verificando a prevalência de um sobre o outro conforme o peso que cada um terá no caso concreto aplicando-se a ponderação, e qual o princípio que será menos lesivo quando não aplicado em detrimento de outro.¹⁰³

⁹⁹ BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução 2.121/2015. Publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 24 de setembro de 2015, p.119. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

IV - Doação de Gametas ou Embriões 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

¹⁰⁰ FERRAZ, Ana Claudia B. de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147.

¹⁰¹ FAVA, Juliane Carvalho de Souza. **A reprodução humana assistida e a tutela jurisdicional da identidade genética**. Universidade Paranaense. 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado) – UNIPAR, Programa de Pós-graduação em Direito Processual e Cidadania, Umuarama. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/test/arqs/cp124621.pdf>>. Acesso em: 01/12/2015. p. 39.

¹⁰² FERRAZ, *op. cit.*, p. 147-148.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

Alexy explica que a ponderação tem por objetivo o sopesamento e a definição de quais interesses que de forma abstrata encontram-se no mesmo grau de equivalência e que tenha maior peso no caso concreto, permitindo uma argumentação jurídica racional sobre a preferência de um princípio com relação ao outro.¹⁰⁴

No caso o julgador ao exercer a aplicação da ponderação, deverá levar em consideração a dimensão dos danos, quanto dos benefícios no que se refere à revelação da origem genética e a quebra do sigilo do doador, procurando causar o menor dano possível às partes envolvidas na decisão de qual direito fundamental deverá prevalecer.

6 CONCLUSÃO

É impossível negar a evolução da medicina nas técnicas de reprodução humana assistida possibilitaram ao homem interferir na vida humana, como também restou demonstrado a necessidade urgente de imposição de limites na atuação da ciência, coibindo que se cometam abusos com o uso das técnicas de reprodução humana assistida, que possam vir a violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto a função da Bioética e do Biodireito é coibir atos de pesquisas e procedimentos antiéticos que envolvam a genética, na realização de pesquisas e procedimentos científicos de forma abusiva e desrespeitosa com o ser humano, os profissionais devem observar em cada conduta a moral e os princípios éticos, respeitando a dignidade da pessoa humana.

A reprodução humana assistida tem por objetivo suprir os problemas de infertilidade enfrentados por muitos casais que sonham em ter um filho, devendo as técnicas serem estendidas para todas as entidades familiares inclusive monoparentais e homoafetivas, além da necessidade que se aumente o acesso das famílias economicamente hipossuficientes pelo SUS, tendo em vista que ainda grande parte dos atendimentos são realizados na maioria por clínicas particulares.

Verificou-se que a lei portuguesa sobre a reprodução humana assistida é a que melhor tratou do tema significativamente, deixando a desejar somente no que se refere às pessoas solteiras e casais homoafetivos.

¹⁰⁴ ALEXY, *op. cit.* p. 161.

A inseminação artificial heteróloga por envolver a participação de um terceiro que doa o material genético sêmen ou óvulo é a que mais levanta discussões, encontra-se estabelecido no Código Civil a presunção de paternidade do cônjuge que tenha autorizado a realização do procedimento, sendo que a relação socioafetiva se sobrepõe a ascendência biológica e não é afastada mesmo pelo vício de vontade ou ausência de consentimento e mesma presunção se aplica nas uniões estáveis.

Por outro lado, surge ainda na inseminação artificial heteróloga, que o ser concebido queira conhecer sua origem genética trata-se de direito de personalidade que não se confunde com o estado de filiação, não há qualquer vínculo de filiação com o doador do material genético ou relação familiar, já que a filiação socioafetiva se sobrepõe a ascendência biológica.

Pode ocorrer também que seja necessária a revelação da origem genética por dano psíquico, perigo a sua saúde ou de relacionamentos consanguíneos, que no caso não há dúvidas de que o direito a origem genética é a que deve prevalecer, portanto, por meio de uma ponderação do caso concreto pode-se solucionar o conflito verificando-se qual princípio será menos lesivo quando afastado, buscando se preservar ao máximo o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.669 p.

AMERICAN PREGNANCY ASSOCIATION, Promoting Pregnancy Wellness. **Zygote Intrafallopian Transfer: ZIFT**. set. 2015. Disponível em: <<http://americanpregnancy.org/infertility/zygote-intrafallopian-transfer/>>. Acesso em: 10 dez.2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 119 p.

_____. Código Civil (2002). Código Civil. *In*: CURIA, LUIZ ROBERTO; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade mecum saraiva**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 153-287 p.

_____. **Conselho Federal De Medicina:** Resolução 2.121/2015, p. 119 -06. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>>. Acesso em 10 out.2015.

_____. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.** Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf> acesso em: 11 set. 2015.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 12 de jan. de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 22 dez.2015.

_____. Lei 11.935, de 11 de maio de 2009. Altera o art. 36-C da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília 12 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 14 dez.2015.

BOTELHO, Késsia. **Barriga de aluguel e suas implicações.** 2014. Artigo Científico (Graduação em Bacharel Direito) Faculdade do Norte Novo de Apucarana-FACNOPAR, Apucarana. 25 p.

CARVALHO, Eduardo. Número de fertilizações *in vitro* mais que dobra no Brasil em quatro anos. **G1**, São Paulo, 23 maio, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/05/numero-de-fertilizações-vitro-mais-que-dobra-no-brasil-em-quatro-anos.html>>. Acesso: 30 dez. 2015.

COLAFATTI, Ana Beatriz; PAULICHI, Jaqueline da Silva. Do Tratamento do Embrião Criopreservado na Reprodução Humana Assistida. *In:* R. FERMENTÃO, Cleide Ap. Gomes; FACHIN, Zulmar (Org). **O Reconhecimento dos Novos Direitos da Personalidade.** Maringá: 2015. 157 – 167 p.

CONNECTAS. Direitos Humanos. **ADI 4277 e ADPF 132: União Estável Homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/6472-adi-4277-e-adpf-132-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

COUTO, Cleber. **Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga e a Monoparentalidade Programada: A ciência como instrumento de felicidade da família**. Jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41187/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-e-a-monoparentalidade-programada>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Famílias plurais. *In: Manual do Direito de Família*. 4ª Ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2007. 37-48 p.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9ª ed. Aum. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 1112 p.

FAVA, Juliane Carvalho de Souza. **A reprodução humana assistida e a tutela jurisdicional da identidade genética**. Universidade Paranaense. 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado) – UNIPAR, Programa de Pós-graduação em Direito Processual e Cidadania, Umuarama. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/test/arqs/cp124621.pdf>>. Acesso em: 01/12/2015.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 340 p.

FERRAZ, Ana Claudia B.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, 2011. 235 p.

GARBOSA, Júlia Mühl. **As técnicas de reprodução humana assistida: a inseminação artificial *post mortem* e sua influência no direito sucessório**. 2012. Monografia. (graduação de Bacharel em ciências jurídicas e sociais) da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Carazinho. p. 17. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/247/CAR2012Julia_Muhl_Garbossa.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jan. 2016.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Tribunal italiano autoriza seleção de embriões saudáveis em fertilização *in vitro***, Santo Agostinho, 26 de maio 2015. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5649/tribunal+italiano+autoriza+sele%C3%A3o+in+vitro>>. Acesso em: 30 dez.2015.

JEFATURA DEL ESTADO. Ley 14/2006, de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. **Noticias jurídicas**, Madri, 27 mayo 2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html>. Acesso em: 30 dez. 2015.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica>>. Acesso em: 10 out.2015.

NETO, Antonio. H. Pedrosa; JUNIOR, José G. Franco. Reprodução assistida. *In*: COSTA, Sérgio I. F; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (org.). **Iniciação a bioética**. Conselho Federal de Medicina. Brasília – DF: 1998, p. 112.

PAGAN, Manuela. Tratamento de infertilidade pelo SUS: como fazer reprodução assistida gratuitamente. **Bolsa Saúde de Mulher**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.bolsademulher.com/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

PARLAMENTO ITALIANO, legge 19 de febbraio de 2004, n. 40. Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita. **Gazzetta Ufficiale**, 24 febbraio, 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040040l.htm>>. Acesso: 30 dez. 2015.

PORTUGAL, Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho. **Procriação medicamente assistida**. A Assembléia da República decreta, nos termos da alínea c do artigo 161.º da Constituição. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

REGO, Danusa. Igreja apóia tratamentos para fertilidade. **Canção Nova**, Cachoeira Paulista, 08 jan.2014. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/igreja-apoia-tratamentos-para-fertilidade/>>. Acesso: 23 dez. 2015.

S. SCALQUETTE, Ana Cláudia. Reprodução assistida e a estabilidade das relações familiares. *In*: **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152885/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso: 06 jan.2016.

TEXAS. Added by Acts 2003, 78th Leg., ch. 457, Sec. 2, eff. Sept. 1, 2003.
Amended by Acts 2015, 84th Leg., R.S., Ch. 1 (S.B. 219), Sec. 1.077, eff. April 2, 2015. Disponível em:
<<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/FA/htm/FA.160.htm>>. Acesso: 20 dez. 2015.

VELTRINI, Maria C.Seara. **Planejamento familiar: um direito ou um dever do casal?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fa350192410b66f>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: revista dos tribunais, 2003. 297 p.

ZARELLI, A.M.M. et al. Análise Sobre a Discussão Acerca da Eutanásia. *In: Direito e Bioética em Foco: Uma análise multidisciplinar.* 2 ed. Vivens. Maringá, 2014, p.16-17.

ZATZ, Mayana. **Genética: escolhas que nossos avôs não faziam.** São Paulo: Globo, 2011, p. 34-35.