

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

Diego Rico Nunes da Silva¹

Antônio Guerche Filho²

RESUMO

Esta pesquisa científica versa sobre o conflito de princípios, direitos e garantias fundamentais inerentes à reprodução assistida heteróloga humana, enfocando a questão do anonimato paterno. O sistema jurídico brasileiro não possui legislação específica que regule tal técnica reprodutiva, com isso, é de grande pertinência a discussão deste polêmico tema. Enquanto as tecnologias são dinâmicas e estão em constante transformação, o Direito é mais estático, sendo assim, dificilmente acompanha lado a lado as mudanças de nossas técnicas tecnológicas. De um lado existe o interesse do nascituro, que tem seu direito fundamental à informação lesado, afetando a dignidade, de outro lado há o direito do próprio doador, que tem sua identificação protegida pelos princípios do contrato, com base no direito individual à privacidade, intimidade e imagem. A questão tratada por este trabalho é como encontrar uma solução viável, de forma a equilibrar a balança da justiça. O artigo foi dividido em três capítulos, nos quais foram abordados aspectos históricos, características e conceitos básicos, fundamentos e embasamentos, métodos e maneiras de realizá-los, condições para a concretização da técnica, limites legais, testemunhos e proporcionalização do tema. A tese é defendida mediante pesquisa bibliográfica e documental e apresenta ilustração com entrevistas diretas. O método de procedimento adotado é o dogmático-jurídico com estudo de caso, para apresentação coerente e concisa do tema.

Palavras-chave: Reprodução heteróloga. Direitos individuais. Anonimato.

¹ Discente do 10º período do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

² Docente do curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica tem como tema o direito ao conhecimento da origem genética pelo gerado da reprodução assistida heteróloga (reprodução realizada por meio de inseminação artificial, com material genético de terceiro desconhecido), e a sua subsequente problematização. Questiona-se até que ponto a origem biológica deve ser um segredo para o gerado da reprodução assistida e quais os efeitos jurídicos da consideração ou não do vínculo afetivo ou até mesmo genético.

A evolução das tecnologias reprodutivas são tão rápidas quanto a evolução comportamental da sociedade, já o direito não. A reprodução heteróloga humana assistida não possui regulamentação específica em nosso ordenamento jurídico, sendo assim, carece de maiores pesquisas.

Os direitos fundamentais servem de égide e base para o direito à intimidade dos doadores de gametas tanto quanto ao direito de conhecimento da origem genética do indivíduo. Se por um lado é defendido o direito ao anonimato do doador na aplicação de técnica de reprodução heteróloga, por outro lado também é deferida proteção ao direito da criança de conhecer sua ascendência genética. Justamente por isso nos vimos com uma colisão de princípios e interesses, o problema é como solucionar e satisfazer um, sem causar prejuízo ao outro.

Este trabalho foi feito para buscar-se um ponto de equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais dos doadores do material genético, e da pessoa gerada pela técnica de reprodução. Estão em conflito princípios constitucionais inerentes ao indivíduo, como o direito à informação, de se saber a respeito de nossas origens, no caso, e o direito à intimidade, que prescreve ao doador total imunidade das responsabilidades paternas e qualquer vínculo que este poderia vir a ter.

Com o intuito de não fazer uma pesquisa superficial, foram interrogados um Padre pertencente ao Conselho Legislativo da Austrália e uma pessoa gerada de inseminação artificial humana, para que se faça possível uma aplicação e idealização prática também. Ambos têm a mesma opinião, de que

os doadores do material genético apenas lesam as garantias fundamentais das crianças que nascerão, sustentando a tese defendida por esta pesquisa científica.

Quando houver tal conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a organizar e combinar os bens jurídicos em conflito, encontrando assim, uma eficaz solução.

O estudo a seguir foi dividido em três capítulos, dentre os quais foram explanadas características e conceitos básicos do assunto, aspectos históricos, fundamentos e embasamentos, além de métodos e maneiras de realizá-los, requisitos para a efetividade da técnica, limites legais, testemunhos pessoais e balanceamento do tema.

A problematização será abordada por meio de uma pesquisa bibliográfica e empírica, fazendo uso de entrevistas diretas. Será também usado o método dogmático-jurídico de procedimento, assim como estudo de caso, para que, desse modo, o assunto possa ser apresentado de forma proporcional e justa.

1 DIREITOS E LIMITAÇÕES

Os bancos de material genético estão tão desenfreados a procura de sêmen que é possível se fazer um registro de doação via internet! E se você estiver na cidade sede da empresa em questão, eles inclusive vão até sua casa colher o material! Com qual ímpeto estariam essas empresas motivadas? Algumas empresas inclusive possuem filiais em diversos países, e ainda assim buscam atingir todo tipo de público, como por exemplo, a empresa registrada no domínio <http://www.hfea.gov.uk>.

Elas se valem da justificativa de que protegem o direito à identidade e o direito à privacidade dos pais, assim como estimulam esses a doarem o máximo possível de material utilizável. Elas afirmam inclusive que limitam o número de procedimentos de acordo com o número de habitantes, de forma a minimizar o máximo o risco de relações sexuais entre irmãos, por exemplo.

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

Mas com tudo isso, o problema está apenas sendo camuflado e recebendo uma nova face, de correto e justo, quando na verdade, ofende direitos da criança gerada. Como não considerar a vontade do gerado ao se realizar um contrato que o afetará diretamente?

Restringir a quantidade de fertilizações heterólogas assistidas pela quantidade de habitantes em uma determinada área diminui o risco de que irmãos se relacionem sexualmente, todavia é impossível calcular o número certo de embriões que realmente foram fecundados com sucesso por cada mãe. Além disso, as pessoas não são imóveis, podendo se locomover facilmente para outra área. Assim, tanto o pai quanto os filhos podem deslocar-se aumentando o risco de relacionamentos consanguíneos.

Enquanto protegem o direito à intimidade do pai, os contratos e a lei restringem o direito à informação do gerado. Todavia, considerando-se que a paternidade é hoje concebida como relação socioafetiva, para equacionar a questão, o doador deve ser considerado apenas como a identidade genética concebido, simples e puramente, sem ter que arcar com nenhuma responsabilidade que a paternidade produz.

É fato que as normas regulamentadoras da questão são omissas quanto a alguns aspectos, pois, claramente, nem autorizam nem regulamentam qualquer tipo de reprodução assistida. Nesse sentido, Sílvio Venosa (2005) afirma que o código de 2002 não permite nem se pronuncia a respeito da reprodução assistida, de modo que só deixa uma lacuna a respeito do problema, e tenta dar uma solução analogamente a respeito da paternidade, e diz também que toda esta problemática deve ter Lei específica, ou algo semelhante que a regule.

Gama (2003) crê que deva existir o anonimato, mas apenas civil, de forma a serem fornecidos dados relativos à sua história, embasado em um prisma biológico, protegendo então a existência da pessoa gerada das técnicas concepcionistas. Isto porque se deve resguardar o direito fundamental à identidade, direito à intimidade e direito à privacidade.

Belmiro Welter (2003), por outro lado, entende que não importa se a reprodução é assistida ou não, tanto no primeiro caso como no segundo, as proles têm o direito de investigar, e inclusive de negar sua paternidade

biológica, integrando assim seus direitos de dignidade e também de cidadania. Caso o filho deseje, deveria ser quebrado o anonimato, pois, obviamente, o gerado não participou do acordo entre a parte doadora e a receptora.

2 A PARTE LESIONADA

Katrina Clark é uma estudante em um programa especial de audiências e palestras para graduandos na Universidade Gallaudet. Ela deu um depoimento em um jornal online chamado “*The Washington Spot*” a respeito de sua experiência pessoal sobre o assunto.

Ela é uma das várias pessoas geradas através do método reprodutivo de inseminação artificial humana, cuja vida foi conturbada simplesmente pelo fato de não saber quem era seu pai. Em seu depoimento, Katrina Clark (2006), conta sua história emocionante e dá várias provas do por que se deve quebrar o anonimato.

Tenho 18 anos e na maior parte da minha vida, eu não tive a mínima ideia de minhas origens. Eu não sabia de onde vinha meu nariz, ou meu queixo, ou então meus interesses por culturas estrangeiras. Eu claramente herdei meus dentes e minha propensão para piadinhas de mau gosto de minha mãe, assim como minha perspectiva feminista. Mas uma grande parte de mim sempre foi um mistério. (CLARK, 2006, p.1).

O homem tem uma necessidade primordial de conhecer suas origens e sua proveniência. Durante toda sua vida Katrina teve problemas socio-psicológicos simplesmente pelo fato de não saber quem era seu gerador.

Katrina, indignada com a forma com que foram lesionados seus direitos, exprimia:

Estou aqui para dizer que, emocionalmente, muitos de nós não estão aguentando. Nós não pedimos para nascer nesta situação, com estas limitações e confusões. É hipocrisia da parte dos pais e também médica, dizer que raízes biológicas não importam aos “produtos” dos “bancos de criação” e seus serviços, quando o desejo de uma relação biológica é justamente e primeiramente o que traz clientes para os bancos. - E é exatamente isso! Não se justifica arrancarmos o direito à informação do gerado e darmos limitações

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

às suas garantias fundamentais a fim de preservar apenas a identidade do doador, o bem jurídico em questão é bem maior. (CLARK, 2006, p. 1).

“Nós, a prole, estamos compreendendo qual direito nos foi tirado assim quando nascemos - o direito de saber a identidade de nossos pais” - dizia Katrina. Com que razão se priva tal garantia fundamental? Nenhuma.

A fim de pesquisa, Clark (2006), foi contatada e foram feitas algumas perguntas com intuito de melhor explanação do assunto. Durante a conversa, ela disse que sempre sonhou em ter um pai, sempre quis ter uma pessoa que a protegesse e a amasse da forma que só um pai o faz, mas, que como sua mãe era solteira, não haveria problema sobre o assunto, entretanto, ela não tinha pai, não tinha respostas, não tinha esperança e não tinha ideia nem ao menos de onde ela veio. Precisava dessas respostas.

Ainda sentimental, Katrina afirmou com veemência que sabia de todos os problemas a respeito do assunto, a possibilidade de um caso romântico com um parente, seja ele pai ou irmão, o temor de não se saber sobre doenças genéticas, mas, que pessoalmente, o que a incomodava mais era não poder saber de onde tinha vindo. Não importava não ter o amor de pai, (claro, era relevante) mas não tanto quanto não saber de suas origens.

O Honorável Revendo Gordon Moyes, eleito como o “padre do ano” da Austrália, membro do Conselho legislativo, do Conselho seletivo de Biodiversidade, do Conselho de Direitos coletivos, do Conselho de Direito Processual e do Comitê de privilégios, manifestou-se com a mesma ideia defendida por este trabalho ao publicar um projeto de lei a favor do direito ao conhecimento das origens biológicas de cada indivíduo.

Gordon Moyes (2007), diz que:

É um desejo fundamental do ser humano querer saber mais sobre de onde viemos e quem são nossos antepassados. No entanto, muitos adotados e filhos de inseminação artificial estão sendo sistematicamente negado conhecimento de suas origens. Isto não afeta apenas a necessidade inerente de identidade. Num mundo de medicina genética, se não se tem conhecimento da nossa herança biológica, se é colocado em uma grave desvantagem, especialmente se a pessoa sofre indícios de doença que poderá ocorrer mais tarde na vida.

Em seu projeto de lei, afirma que será fornecido um amplo quadro para a regulamentação dos aspectos sociais e éticos a respeito da tecnologia de reprodução assistida heteróloga. A Lei será orientada por três principais princípios, reconhecer as obrigações já impostas aos fornecedores da tecnologia de reprodução assistida pelas leis existentes; reconhecer os direitos dos indivíduos de ter o controle sobre o uso do material genético, e por último, reconhecer os interesses da criança e a importância do direito dela à informação.

O Reverendo e também legislador pretende adicionar informações importantes em registro, como o nome do doador, data de nascimento e educação, bem como informações médicas importantes. Sendo assim, este projeto reforça os interesses da criança gerada através de tal método inseminativo reprodutivo assistido heterólogo. Ele defende que a criança estará apta para defender suas vontades obviamente quando tiver legitimidade para tal, neste caso, aos 18 anos de idade. O padre defende que ter o direito de conhecer a identidade biológica é uma necessidade e um direito individual inerentes a cada um, pertinente inclusive a saúde.

3 DIREITO AO NÃO ANONIMATO

Ainda no tópico doação de gametas, atenta-se para o anonimato dos doadores e receptores, sem previsão constitucional, mas jurisprudencialmente garantido. Pode-se ainda lançar mão da analogia novamente à Lei nº 9.434/97, de Doação de Órgãos, que impõe o anonimato entre doadores e receptores e aos princípios que a nortearam. O fundamento encontra-se na perturbação que poderia ser causada à família ou à criança, caso a identidade do pai biológico fosse questionada.

Foi demonstrado em um debate em Albanese, que, no início das práticas, em alguns países, para impedir a identificação do doador, chegou-se ao absurdo de se misturar sêmen de vários doadores, técnica conhecida nos Estados Unidos da América como Confused Artificial Insemination.

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

Atualmente, isto é infração grave, reprovável e hoje vedada no Brasil, onde se exige a manutenção de um registro no qual, apesar de garantido o anonimato, os doadores deverão ser identificáveis.

A celeuma em torno da questão é grande, mas o Brasil e a maioria dos países do mundo, segue a orientação pela manutenção do anonimato, sob o enfoque do melhor interesse da criança, critério consagrado e revelado nas expressões “*the best interest of the child*” do Direito norte-americano e no “*kindeswohl*” do Direito Germânico.

Na Suécia, a legislação permite a investigação de paternidade do doador. Nesse país, a opção pela revelação de identidade também se orientou pelo interesse da criança, apurado por meio de pesquisas realizadas com filhos adotivos nos Estados Unidos, no Canadá e na Grã-Bretanha, que mostraram a necessidade de conhecer a filiação. Apesar das divergências, hoje se tem discutido tal direito também no Reino Unido.

Os partidários do anonimato - a maioria dos juristas, cientistas e médicos do mundo -, também orientados por pesquisas e complexos estudos, destacam que o anonimato é bem mais benéfico. Apontam, ainda, a dificuldade que se criaria com a possibilidade de investigação, o risco de desaparecerem os doadores (exatamente o que ocorreu na Suécia) e o aspecto negativo da inexistência de vínculo afetivo entre o doador e a criança, bem como a ausência de utilidade social. Não se concebe que sejam reclamados alimentos do pai ou mãe biológicos que apenas depositaram seu material genético em bancos ou doaram seus gametas sem a responsabilidade social da maternidade ou paternidade.

Sendo assegurado a todos o acesso à informação previsto na Carta Magna em seu artigo 5º inciso XIV, alguns juristas sustentam que a criança poderá averiguar que foi gerada por método de reprodução assistida com doação de material genético, não se excluindo os dados acessíveis sobre a identidade do doador. Apesar de que, tanto o doador quanto a receptora tem direito ao segredo, que tem por finalidade impedir que certas manifestações de uma pessoa sejam divulgadas ou conhecidas por outras, justificando-se a quebra para assegurar o acesso à informação.

É evidente que o doador, ao se propor doar seu material genético para utilização em procriação artificial, não deseja ver revelada sua identidade. De igual sorte, a receptora também tem direito ao segredo, pois poderá temer que o doador um dia possa ter curiosidade e possa se aproximar da prole ou reclamá-la, com base na verdade biológica.

Questões de dúvida constante entre os médicos são as hipóteses que justificariam sua violação. O Código de Ética fala em justa causa, dever legal e autorização do paciente. O Código Penal limita a possibilidade lícita de divulgação à justa causa, na qual, para os penalistas, estariam englobadas em outras hipóteses. De qualquer modo, em não ocorrendo nenhuma hipótese de justa causa, que deverá ser aferida em cada caso, o profissional deverá manter o sigilo, mesmo diante de solicitações de autoridades policiais ou judiciais. É certo que as autoridades, quando requisitam informações, estão amparadas pelas leis processuais e é dever do médico responder a tais solicitações. No entanto, deverá ser avaliado o caso concreto e a justificativa da solicitação limitada a revelação aos interesses do paciente.

O bem jurídico em pauta é mais precioso, e o sigilo se embasa na Constituição, mas põe em riscos direitos relativos ao nascituro. Neste caso, o segredo é direito de personalidade dos doadores e receptores, e não poderia ser divulgado, mas e quanto ao embrião, e quanto ao nascituro? Um contrato previamente assinado interfere diretamente nos direitos da criança que virá, sobrepondo-se a suas vontades. Se fizermos uso do Direito Comparado e do princípio da Proporcionalidade será óbvia a conclusão que a criança está sendo prejudicada, e enquanto os direitos do doador estão resguardados, os da criança estão claramente danificados, não se dando opção nenhuma a ela.

A expectativa legal em torno do sigilo é conturbada. De um lado, posicionam-se favoráveis ao anonimato total e sigilo na identificação dos doadores os Projetos de Lei nº 3.638/93 e 2.855/97, os quais referem que o anonimato poderá ser quebrado em situações especiais e previstas somente em decorrência de motivação médica, preservando sempre a identidade civil do doador.

Por outro lado, ambos os projetos apresentam-se coerentes com as normas existentes, bem como com os princípios invocados, ao contrário do

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

Projeto de Lei nº 90/99, que, embora admita o anonimato como regra e repita os cuidados para se evitar casamentos consanguíneos e as possibilidades da revelação da identidade genética para um tratamento de doenças em razão de motivação médica, prevê o direito à pessoa nascida a partir de gameta doado conhecer a identidade civil do doador no momento em que completar sua maioridade civil ou se habilitar para o casamento.

Também nesse projeto, embasado no registro de gestações, o estabelecimento médico não pode permitir que uma mesma pessoa doadora produza mais de duas gestações de sexos diversos em uma área de no mínimo um milhão de habitantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas reprodutivas heterólogas assistidas têm evoluído na mesma proporção com quem têm entrado em uso pelo mundo. O direito, por ser mais estático que as tecnologias de hoje em dia, não acompanhou tal evolução com destreza. Por isso, muitos dos polêmicos assuntos ainda estão em aberto, cabendo ao nosso poder judiciário fazer o melhor julgamento e analisar caso a caso.

Quando tratamos de fertilização humana, há de se notar o conflito entre direitos individuais e garantias fundamentais inerentes a ambas as partes em jogo, o doador e o futuro gerado.

O argumento a favor do doador é em defesa de sua intimidade, porém, ele tem o poder de escolha, doar ou não seu material genético, já o gerado não. A prole fica restrita a algo contratado antes dela nascer, e acaba assim, sofrendo danos em seus direitos, não podendo saber de suas origens, saber sobre doenças genéticas, não podendo ter nenhuma formação relativa ou que possa indicar a identidade do doador.

Fica claro que, hoje, na balança da justiça o prato que mais pesa é o do doador, tendo mais garantias e poderes perante o gerado, todavia, para se zelar pelos direitos dos futuros filhos ou filhas, deve-se quebrar o anonimato, permitindo ao gerado a informação que ele quiser, sem importar em obrigações civis por parte do pai, como alimentícias por exemplo. É uma questão simples, relativa apenas à informação.

O NÃO ANONIMATO PATERNO EM REPRODUÇÕES ASSISTIDAS HETERÓLOGAS

REFERÊNCIAS

CLARK, Katrina. My Father Was an Anonymous Sperm Donor. **The Washington Post**. 17/12/2006. Disponível em: . Acesso em: 2 de abril de 2010.

ENGELHARDT JÚNIOR, Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução: José Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

MOYES, Gordon. Assisted Reproductive Technology Bill 2007. **Parliament**. Disponível em: <<http://www.gordonmoyes.com/2007/11/29/assisted-reproductive-technology-bill-2007/>>. Acesso em: 2 de abril de 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.