



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**O DIRETO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA DA CRIANÇA *VERSUS* O
ANONIMATO DO DOADOR NA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL**

ORIENTANDA: ANA CAROLINA DE FREITAS BRANDÃO
ORIENTADOR: PROF. MS. ERNESTO MARTIM S. DUNCK

GOIÂNIA
2020

ANA CAROLINA DE FREITAS BRANDÃO

**O DIRETO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA DA CRIANÇA *VERSUS* O
ANONIMATO DO DOADOR NA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof. Orientador: MS. Ernesto Martim S. Dunck

GOIÂNIA
2020

ANA CAROLINA DE FREITAS BRANDÃO

**O DIRETO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA DA CRIANÇA *VERSUS* O
ANONIMATO DO DOADOR NA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL**

Data da Defesa: _____ de _____ de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ms. Ernesto Martim S. Dunck

Nota

Examinador Convidado: Prof. Ms. Goiacy C. dos S. Dunck

Nota

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Werlen e Alessandra, e também aos meus familiares, que são as razões pela qual busco ser a minha melhor versão, todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me capacitar. Sem Ele nada faria sentido ou seria possível.

Agradeço aos meus pais, Alessandra e Werlen por tudo que fizeram e fazem por mim.

Agradeço ainda aos meus tios e tias que me incentivam todos os dias.

Agradeço aos meus avós, que mesmo não estando presentes no meu dia a dia, cuidam de mim.

Agradeço também minhas primas pelo apoio e suporte nos momentos difíceis.

E por fim, agradeço a todos os meus professores que contribuíram para a realização deste trabalho.

Muito obrigada!

RESUMO

A presente monografia jurídica tem como objetivo estudar o Direito à Identidade Pessoal e Genética da Criança *versus* o Anonimato do Doador na Reprodução Medicamente Assistida analisando o tema e pautando-se nos princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 entre eles a dignidade da pessoa humana. Para tanto, utilizou-se pesquisas teóricas e doutrinas a respeito do assunto bem como todo o arcabouço jurídico sobre o tema. Amparando-se na questão: o direito à identidade pessoal e genética da criança ou o direito à intimidade/ao anonimato do doador do material genético, qual deverá preponderar?

Palavras-chave: procriação medicamente assistida, direitos da personalidade, heteróloga, direito ao anonimato, direito à identidade pessoal e genética.

ABSTRACT

RESUMO EM PORTUGUÊS

This legal monograph aims to study the Right to the Child's Personal and Genetic Identity *versus* the Donor's Anonymity in Medically Assisted Reproduction, analyzing the theme and based on the fundamental principles guaranteed by the Federal Constitution of 1988, including the dignity of the human person. To that end, theoretical research and doctrines on the subject were used, as well as the entire legal framework on the subject. Based on the question: the right to the child's personal and genetic identity or the right to privacy / anonymity of the donor of the genetic material, which one should prevail?

Keywords: medically assisted procreation, personality rights, heterologous, right to anonymity, right to personal and genetic identity.

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	9
1. DIREITOS DE PESONALIDADE JURÍDICA	11
1.1 CONCEITUAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO PARA SUA PROTEÇÃO.....	11
1.2 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA.....	12
1.3 DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR.....	15
2. PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	17
2.1 CONCEITUAÇÃO.....	17
2.2 TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	17
2.3 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA....	18
2.4. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS À PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	20
3. TÉCNICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE	23
3.1 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS.....	23
3.2 CONCORRÊNCIA E COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.....	25
4. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA NA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA E O ANONIMATO DO DOADOR	29
4.1 DEFENSORES DA PREVALÊNCIA DO ANONIMATO DO DOADOR SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA.....	29
4.2 DEFENSORES DA PREVALENCIA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA SOBRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR.....	30
4.3 DEFENSORES DE UMA POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA.....	31

4.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DO CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS DIREITOS À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA E O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

Conforme a biomedicina foi evoluindo, a discussão em torno do direito fundamental à identidade pessoal e genética passou a ser relativizada, discutindo-se a chance da reprodução a partir da procriação medicamente assistida, com destaque para os casos em que são usados gametas de pessoas estranhas ao casal que possui o planejamento de constituir família.

Com o uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, os casais que, por alguma razão, não podem ter filhos, poderão conseguir a tão almejada família. Por meio de um método reprodutivo artificial, os doadores de sêmen ou ovócitos, conseguem colaborar para solucionar a dificuldade de um casal em procriar de maneira natural.

Na presente monografia a intenção é buscar a explicação para a pergunta: Na análise dos direitos fundamentais de personalidade, qual deverá ser preponderante? O direito à identidade pessoal e genética da criança que ainda vai nascer ou o direito ao anonimato do doador do material genético?

Logo, o objetivo geral dessa pesquisa é a análise de qual direito fundamental de personalidade irá prevalecer na reprodução medicamente assistida heteróloga: a garantia à identidade pessoal e genética da criança que virá a ser concebida ou a garantia ao anonimato da pessoa que doará o material genético.

Em decorrência do objetivo geral, pode-se estabelecer os objetivos específicos desse trabalho, que são: a) mostrar de que forma os doutrinadores solucionam os conflitos que envolvem os direitos de personalidade, por meio da técnica de ponderação; b) qualificar o direito de personalidade, qual a lógica para sua tutela e distinguir o direito ao anonimato do doador do direito à identidade pessoal e genética; c) esclarecer quanto a reprodução medicamente assistida, suas técnicas e as limitações do seu uso; d) analisar as doutrinas e suas correntes acerca do conflito identidade *versus* anonimato.

A atualidade dessa tese torna o estudo cativante, não apenas para os alunos da área do Direito, mas em especial para toda a parcela da população que, de alguma maneira, busca entender e compreender os novos meios utilizados para garantir a continuidade da raça humana. A evolução da medicina da reprodução está intimamente ligada com o avanço do Direito Civil e Constitucional, demonstrando que

o reconhecimento da procriação medicamente assistida constrói uma ligação entre os familiares e reconhece a criança como uma pessoa com historicidade.

O presente trabalho monográfico foi dividido em quatro capítulos, onde foi usado o método de abordagem dedutivo, com demonstração de informações históricas e comparativas. Já a técnica empregada foi de uma pesquisa documental e bibliográfica de livros, monografias, dissertações, artigos, leis, jurisprudências, atos normativos e teses.

Com base na existência dos direitos de personalidade, o primeiro capítulo qualificará a personalidade jurídica e os direitos de personalidade jurídica, demonstrando a fundamentação para sua garantia, de acordo com uma ligação firmada com o princípio da dignidade humana, distinguindo-os dos direitos fundamentais e humanos.

Já no segundo capítulo, serão averiguados dois direitos de personalidade considerados direitos fundamentais, e ligados à reprodução medicamente assistida heteróloga, que são: o direito à identidade pessoal e genética e o direito à reserva da intimidade da vida privada familiar.

O terceiro capítulo demonstrará qual método jurídico deve ser usado para solucionar os problemas que envolvem os direitos fundamentais. Primeiramente, serão distinguidos as normas, regras e princípios. Em sequência, as possibilidades de conflitos entre princípios, concorrência e colisão, e por fim a análise da técnica de ponderação, criada por Robert Alexy, com base no princípio da proporcionalidade.

No quarto capítulo, o direito à identidade pessoal e genética na reprodução medicamente assistida heteróloga e o anonimato do doador serão examinados, seguido da pontuação das posições doutrinárias existentes na atualidade. Ao final, por meio de um juízo de ponderação, concluiremos a possível harmonização, ou não, dos direitos fundamentais de personalidade, em razão de conflitos, e será proposta a escolha de um só direito.

Esse tema será cuidadosamente discutido, com a proposta de reflexão em torno dos problemas que surgem da procriação medicamente assistida, apresentando opiniões para possíveis soluções no que diz respeito ao anonimato do doador e ao direito da criança de conhecer sua origem genética, não somente em casos excepcionais.

1. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 CONCEITO E FUNDAMENTO A FIM DE SUA PROTEÇÃO

Com base no desenvolvimento histórico e cultural, o direito é uma criação do homem. Ou seja, apareceu como obra humana, é usado pelas pessoas servindo aos seus desejos, sofrendo as adversidades impostas pela sociedade. Logo, o ser humano não constitui um instituto jurídico, apesar da presença em todas as resoluções ou normas.

Segundo Oliveira (2009, p. 51) "a nossa sociedade, tem como base uníssona a pessoa humana". Os seres humanos estabelecem, portanto, o início e o fim do Direito. É necessário que o homem seja visto como sujeito de direito, pois a justificativa para existência do Direito está na realidade da pessoa. A ordem jurídica existe para a satisfação do ser humano.

No alicerce dos institutos ligados à pessoa estão as situações jurisdicionais de personalidade, entendidas como vinculadas a bens de personalidade, sejam determinando comportamentos (deveres), sejam autorizando seu aproveitamento (direitos). Conforme Pais (1999, p. 31) e Cabral (2012, p. 231), a personalidade é qualidade de ser pessoa.

Já no entendimento de Gomes (2000, p.141) e Carvalho (2000, p. 123), personalidade é o papel jurídico da pessoa de ser passível à direitos e deveres. Logo, verifica-se que a personalidade jurídica é a verificação de que o ser humano é a base das outras concepções jurídicas.

Os direitos de personalidade são necessários e imprescindíveis para a existência das pessoas. O autor Espín (2007, p. 63) discorreu:

A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis a ela inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros constituem o fundamento da ordem política e da paz social. Portanto, a proteção dos direitos da personalidade pode ser relacionada aos princípios constitucionais que proclamam os direitos do homem.

A maioria dos direitos de personalidade estão celebrados na Constituição Federal, assumindo a posição de direito fundamental e beneficiando-se de segurança reforçada nas declarações ou tratados internacionais, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a

Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os direitos da personalidade são soberanos, intransferíveis, irrevogáveis, permanentes e indispensáveis. No entanto, é possível ocorrer colisão entre tais direitos, graças à simultaneidade dos direitos de personalidade entre duas pessoas ou mais pessoas, dentro de uma relação coletiva. Frente à essa situação, o ordenamento jurídico é responsável por resolver tal problema através de uma ponderação dos bens jurídicos resguardados em cada situação concreta.

Entre esses conflitos, o momento em que o direito deverá proteger os direitos de personalidade ganhou destaque com o passar dos anos. Sendo o nascituro examinado pela ciência da atualidade, reconhece-se uma precisão de proteção de suas garantias, independente de se encontrar na fase de pré-nascituro, *in vivo* ou *in vitro*.

As pesquisas das condições dos embriões *in vivo* ou *in vitro* não serão as mesmas, devido à compreensão da diferença gigantesca de um para o outro. O Direito e a Biociência têm como questão fundamental, a fragmentação da vida biológica do ser humano e a vida de uma pessoa, visando o Direito à amplificação da conceituação de pessoa além da sua nascença com vida.

1.2 DIREITO A RESERVA DA IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA

Conforme Medeiros (2010, p. 609), a identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa como unidade individualizada diferenciando-a das outras pessoas por sua vivência pessoal específica, vejamos:

Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal, ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é.

Segundo esses estudiosos, a identidade da pessoa engloba os elos de filiação, afirmando existir um direito fundamental para reconhecer a paternidade e maternidade e o direito ao conhecimento das origens genéticas. Logo, verificamos que a identidade genética individual é um fator necessário ao direito à identidade pessoal.

Muitos doutrinadores à cerca desse tema vão além e confirmam que o direito à identidade é a garantia da historicidade de uma pessoa. A doutrinadora Barbas (2006, p. 173) esclareceu a diferenciação entre as frases “direito ao nome” e “direito à historicidade pessoal”, enquanto a primeira frase vem do ideal que os indivíduos têm um nome e têm o direito de defender e impedir que o mesmo seja utilizado por outros, a segunda expressão garante a toda e qualquer pessoa o reconhecimento da identidade dos seus progenitores.

O direito à identidade pessoal compreende duas dimensões diferentes: a) a identidade pessoal tem uma dimensão única: cada um tem seu próprio caráter, que é indivisível, com a que a diferencia das outras; b) a identidade pessoal carrega a dimensão relacional: cada um tem sua identidade definida graças a memórias familiares, dando destaque aos progenitores.

A garantia à identidade genética se enquadra na primeira dimensão, o direito à história pessoal se encaixa na segunda. A discussão em torno do reconhecimento das origens genéticas surgiu no século XX, na Alemanha. A curiosidade do nazismo em descobrir as origens para diferenciar as pessoas de raça ariana das pessoas de sangue espúrio, fez com que no período pós-guerra crescessem os debates sobre esse tema.

Com o surgimento da jurisdição em volta da proteção da dignidade da pessoa humana começou-se a amparar a origem da identidade genética considerando-a como condição significativa da personalidade. No ano de 1998, Oliveira (1998, p. 244) fez o primeiro comentário sobre o direito de conhecer a ascendência biologicamente real, conforme demonstrado na Constituição de Portugal de 1976:

Numa época de enfraquecimento do poder marital, de promoção do sentimento da infância e do chamado “interesse do filho”, e de um certo encantamento pelas ciências biológicas, o regime da legitimidade ativa não podia ter deixado de evoluir no sentido da concessão de um direito ao filho, igual àquele que o presumido aí tradicionalmente detinha. Pode mesmo dizer-se que o direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira ganhou uma relevância tal qual nos permite considerá-lo como um aspecto dos direitos fundamentais da pessoa – designadamente, como uma faceta do direito à integridade pessoal e à identidade (artigos 25 e 26 da Constituição da República) que tutelam a localização social do indivíduo.

O direito ao reconhecimento das origens genéticas é visto como a faculdade garantida para todas as pessoas, com nenhum obstáculo, de ver sua ligação biológica conhecida juridicamente. A tutela sobre as condições para evolução

da personalidade do ser humano deve abranger o contentamento do indivíduo enquanto pessoa, no mínimo a possível realização da curiosidade acerca do “quem eu sou?”.

A prerrogativa da identidade genética é reconhecida na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem de 1997, no seu artigo 2º, vejamos:

Artigo 2º:

a) todos têm o direito por sua dignidade e seus direitos humanos, independentemente de suas características genéticas.

b) Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos a suas características genéticas e respeitar sua singularidade e diversidade.

Ferraz (2009, p. 134) confirma que não se pode impedir, via de regra, que o filho gerado possa investigar e ter acesso à sua origem genética.

O direito ao conhecimento de origem biológica está amparado na Constituição Federal não apenas no que se refere ao desenvolvimento da personalidade, mas também no direito à identidade pessoal e no princípio da dignidade humana. A identidade genética tem três aspectos: ninguém pode mudar a identidade genética (manipulação genética), ninguém pode copiar (clonagem) e o direito de saber a origem.

O direito de saber sua identidade é extremamente importante em situações de doença que só podem ser resolvidas por meio da consanguinidade, como transplantes de órgãos e doenças como leucemia. Além disso, com a globalização e a evolução tecnológica, o conhecimento dos dados genéticos pode impedir a ocorrência de obstáculos a possíveis casamentos entre parentes.

Além disso, ao reconhecer sua verdadeira origem, uma pessoa pode esclarecer diversas dúvidas relacionadas à ordem psicológica e mental. Nesse sentido, Ferraz (2009, p. 134) ensina:

Ao legar ao filho o seu direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, como, por exemplo, as explicações acerca da característica fenotípica, da índole e do comportamento social, das propensões ou resistências a certas doenças etc.

O artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) tem sido muito utilizado pelos tribunais, embora expressamente não acolha nenhum direito ao conhecimento da ascendência genética, *in verbis*:

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

No entanto, ao lançar o direito de uma pessoa de saber sua identidade genética, este artigo acaba em conflito com o direito à confidencialidade. Portanto, deve-se enfatizar que o direito de uma personalidade de saber sua origem genética não pode ser confundido com o direito de pertencer.

Na busca pela identidade genética há apenas a busca pelo genitor, ou seja, o vínculo de parentesco estabelecido não mudará em nada. A partir dessa diferenciação pode-se afirmar que o objeto da proteção do conhecimento sobre a origem genética é a garantia do direito à personalidade, enquanto o objeto da proteção da paternidade é o estado de parentesco.

1.3 DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

O primeiro texto sobre o direito à privacidade foi encontrado em Lisboa, no acórdão 128/1998 do Tribunal Constitucional, onde incluía dois elementos: autonomia e não divulgação do conteúdo desse direito, exceto em caso de consentimento.

Já em 1967, a Conferência sobre o Direito à Intimidade estabeleceu 5 ofensas ao direito à intimidade, vejamos: a penetração no reatamento da solidão da pessoa, incluindo no caso de espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou por perseguição via telefone, gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral, ouvir conversas privadas através de interferências mecânicas de telefone ou microfilmes, exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas, e a utilização em

publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas nas formas precedentes.

Assim como a informação, a privacidade foi um valor descoberto na Modernidade, quando se distinguiu a esfera pública e privada da vida de uma pessoa. Já a proteção ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é fruto do desenvolvimento de tecnologias.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem são exemplos do reconhecimento do direito à intimidade. O direito a dignidade da pessoa humana exige que seja reconhecido a todos um devido espaço de privacidade onde possam estar à vontade, incluindo todas as atividades da vida privada e íntima, podendo ter em seu exclusivo controle a decisão de comunicar alguma informação quando e a quem quiser.

Entre os doutrinadores as opiniões são diversas. Cabral (1999, p. 173) distingue o direito à privacidade entre três esferas: da vida íntima, da vida privada e da vida pública. A primeira esfera compreende o que de mais secreto existe na vida de uma pessoa, a segunda inclui aspectos da vida social que podem ser acessados a quem for permitido, e por fim, a terceira esfera abrange aquilo que todos podem ter acesso.

Já Vasconcelos (2006, p. 80) considera essa teoria falha, considerando não ser possível estabelecer padrões anteriormente definidos e delimitados aos níveis de privacidade. A doutrina destaca círculos distintos: respeito aos comportamentos, respeito ao anonimato e o respeito à vida em relação, enquanto a jurisprudência acolhe o princípio constitucional diferenciando a vida privada da vida pública.

Verifica-se, portanto, que apesar de frequentemente utilizado, o conceito de “vida privada” não é de fácil definição, levando em consideração que cada pessoa pode interpretá-la de uma forma distinta.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

2.1 CONCEITUAÇÃO

Durante décadas, a humanidade procura formas de intervenção no processo biológico que assegura sua continuidade. A descoberta das matérias imunológicas, bioquímicas e genéticas permitiram a intervenção técnica sobre as maneiras de procriar. Se, por muito tempo, a infertilidade foi considerada como um destino a se aceitar, a ciência com a procriação mostrou ser esse um fato superável.

Em meados dos anos 60, era impossível conceber embriões humanos fora de um organismo materno, no entanto, a medicina da reprodução criou situações totalmente novas. A procriação assistida abrange todos os meios e recursos permitidos para proporcionar a possibilidade de um casal procriar, ou seja, obter uma concepção humana de forma diversa à união sexual de um homem e uma mulher.

De acordo com a doutrina, a procriação medicamente assistida é a fecundação, com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio da inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde, para a paciente e para seu futuro filho.

Importante destacar que não existe nenhum consenso nas doutrinas acerca da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida. Enquanto Malta (2009, p. 124) defende que essas técnicas têm óbice de vista ético e interferem no direito natural, Neto (2017, p. 224) argumenta que a procriação assistida deve ser garantida aos sujeitos para qual essa for a única forma de reprodução possível.

Na presente pesquisa, apenas os processos de procriação medicamente assistida sexuada serão estudados.

2.2 AS TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

As técnicas de procriação medicamente assistida mais usadas são a inseminação uterina (IU), a transferência intratubária de gametas (GIFT), zigotos (ZIFT) e embriões (TEF), a fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões para o útero (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). Passamos para uma breve explicação de cada uma.

A inseminação uterina (IU), antes chamada de inseminação artificial, é a introdução de espermatozoides nos órgãos genitais femininos sem ser por meio de cópula. É homóloga quando os espermatozoides provêm do marido, ou heteróloga, quando os gametas masculinos do casal não são viáveis e se escolhe um doador de espermatozoide.

A transferência intratubária de gametas (GIFT) consiste na captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, e do espermatozoide do homem, colocando ambos os gametas em uma cânula especial, introduzindo-os em cada uma das trompas de falópio, lugar onde a fertilização é produzida naturalmente.

A transferência intratubária de zigotos (ZIFT) é a colocação dos gametas do casal em contato *in vitro* em condições apropriadas para a sua fusão, implantando os zigotos resultantes no útero da mulher. Já a transferência intratubária de embriões (TET) diferencia-se da ZIFT apenas em relação ao que será implantado no útero da mulher, ao invés de zigotos serão os embriões.

A fertilização *in vitro* (FIV) consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os em uma placa, para depois quando já transformados em zigotos, iniciam a divisão celular e são colocados dentro do útero da receptora. Durante muitos anos, para que essa técnica fosse realizada, a mulher precisava passar por uma cirurgia, entretanto o procedimento cirúrgico já não é mais necessário na atualidade.

Por fim, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) é a injeção mecânica do espermatozoide, através de uma injeção com pipeta que é inserida no citoplasma do óvulo. É uma técnica muito recomendada para o sucesso da FIV.

As técnicas de IU e GIFT são técnicas de procriação assistida *in vivo*, ou seja, a fecundação opera dentro do organismo materno. Enquanto as demais técnicas são de fecundação *in vitro*, pois ocorrem fora do organismo materno. Como a evolução da ciência nunca para, já existem outras técnicas de reprodução assistida sendo testadas, como por exemplo a criação artificial de óvulos e a troca de citoplasma.

2.3 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Conforme explicado anteriormente, a procriação medicamente assistida pode se dar de maneira homóloga ou heteróloga, dependendo do uso dos gametas. No caso homólogo, a fecundação é feita com espermatozoide do marido ou companheiro e

com o ovócito da mulher, sem intervenção de terceiro. Já no caso heterólogo, o espermatozoide ou o ovócito, ou ambos, são fornecidos por um doador estranho ao casal, seja por insuficiência, inexistência ou má qualidade do material genético.

A reprodução humana assistida heteróloga pode ser dividida em total ou parcial. No total, nenhum material genético provém do casal, e na parcial o material genético de pelo menos um dos membros do casal é usado. Como a procriação homóloga utiliza-se o material genético do casal que pretende ter filhos, existe uma ótima aceitação da sociedade, existindo poucas opiniões contrárias.

Já em relação à procriação heteróloga, não existe essa mesma aceitação, que por necessitar de material genético de terceiro encontra resistência na área de direito de família e da bioética, e também nos obstáculos sociais, morais e religiosos.

Duarte (2005, p. 25) exemplificou que no âmbito da reprodução homóloga destacam-se alguns problemas, como a inseminação ou transferência de embriões após a morte do marido e o destino dos embriões excedentários. E a reprodução heteróloga, além desses mesmos problemas, desencadeia a questão da filiação, da gratuidade da dádiva de gametas e do anonimato do doador.

Na área doutrinária, existem alguns estudiosos que criticam o uso da procriação heteróloga, com base nos seguintes argumentos: o princípio da dignidade da pessoa humana iria impor a biologia como elemento exclusivo de determinação de toda e qualquer filiação, o surgimento de uma pessoa estranha iria quebrar a intimidade do casal afetando a harmonia familiar, e a não aceitação da invasão de um terceiro, pelo fato de existir a possibilidade de adoção que resolveria o desejo de ter filhos.

Além desses argumentos, alguns doutrinadores alegam que a reprodução assistida heteróloga é inconstitucional, pois viola o direito fundamental da família à proteção da sociedade e do Estado. Existem também algumas pessoas que usam a religião como uma razão para explicar que essa técnica é moralmente inaceitável porque faz com que o comportamento sexual não tenha relação com o comportamento sexual reprodutivo.

Já o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, firmou o entendimento de que, se preferível, usar apenas os gametas do casal no âmbito das técnicas de procriação assistida, e excepcionalmente considerar o recurso de doação de terceiro.

A permissibilidade da reprodução assistida heteróloga levanta duas questões principais: a equivalência econômica dos espermatozoides, ovócitos ou embriões doados e o anonimato do doador. É importante notar que na primeira questão, a Lei nº 32/2006 proíbe a venda de ovos, sêmen, embriões ou qualquer material biológico.

A regra do anonimato é baseada no anonimato do doador, com duas exceções: o tribunal decidiu reconhecer a regra para evitar obstáculos legais ao projeto de casamento, e se o doador o permite explicitamente. Ao longo dos anos, a questão do anonimato mudou drasticamente e agora inclui casos de doenças genéticas

Por fim, e extremamente necessário, temos que as legislações favoráveis ao uso das técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, afastam do doador de gametas a progenitura da criança que irá nascer, ou seja, o vínculo de filiação será reconhecido com aquele (s) que tinha (m) o projeto parental, bem como todos os direitos e deveres decorrentes desse vínculo.

2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS À PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Na área da procriação medicamente assistida, o princípio mais importante a ser utilizados é o princípio da dignidade humana. Ele é a base em que a República se assenta, por isso tem um lugar especialmente reservado na Constituição Federal, por isso é conhecido como o ‘princípio dos princípios’.

Com o passar dos anos o conceito de dignidade evoluiu no âmbito sociológico e antropológico, tendo sua definição com base em Immanuel Kant como sendo “aquilo que não tem preço, não tem equivalente e nem substituto”.

Baseado na explicação de Kant, o doutrinador Lobo (2002, p. 354) esclarece que a dignidade é tudo que não tem preço, e quando uma coisa é precificada, é possível por qualquer outra em seu lugar, portanto, não terá dignidade.

O princípio da dignidade humana impõe limites sobre a atuação do Estado, sendo que o poder público não poderá praticar atos que o violem, devendo ter como principal objetivo promover uma vida digna para todos os seres humanos. Importante lembrar que esse limite também é imposto nas relações entre particulares, proibindo todo e qualquer comportamento que viole a dignidade.

Portanto, a base da bioética é a garantia constitucional da dignidade humana, e como consequência, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer legislação que possa surgir sobre a reprodução humana assistida e como limite na atuação do profissional que atuará nesse processo.

De acordo com o doutrinador Serrão (2010, p. 194), a dignidade humana deve ser avaliada em três níveis: filosófico, biológico e psicológico. No aspecto filosófico, é reconhecida como um valor e exige de todos respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa.

Já na perspectiva biológica, a dignidade seria expressa através do corpo como suporte de cada existência individual. Uma vez constituído um material genético, resultante da conjugação de um homem e uma mulher, estará criado um novo ser vivo, único, irrepetível e insubstituível. E por fim, na reflexão psicológica, a dignidade é vista como a descoberta do que acontece na autoconsciência de cada um.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana na reprodução medicamente assistida, o doutrinador Duarte (2013, p. 216) discorre:

O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar à procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípios, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada em termos de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. (...) o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundador da ordem jurídica.

Existem também outros princípios fundamentais que são aplicados à procriação medicamente assistida, que são os princípios relacionados ao direito de personalidade e ao direito de família. O direito de personalidade foi visto no capítulo anterior, e aqui ressaltamos apenas o princípio da autonomia privada, que visa assegurar a autonomia e a realização da personalidade, reconhecendo ao ser humano a liberdade de decisão e condução da sua vida.

O direito de família, sobre as técnicas de reprodução assistida, é compreendido através do direito de filiação e procriação, tendo passado por evoluções profundas ao longo dos anos. Todas as transformações resultaram no fenômeno da desbiologização, que consiste na troca do elemento carnal pelo elemento sociológico e psicológico.

Logo, o direito de família evolui com o ser humano e suas posições ideológicas, com base em visões políticas, religiosas e sociais, permitindo ter uma

visão pluralista sobre o conceito de família. O direito de constituir uma família assegura que esta possa ser constituída em condições de igualdade, abrangendo o direito de procriar (que não é absoluto) e de constituir um vínculo de filiação.

Entretanto, o princípio que se destaca no direito de família é o do superior direito da criança, que é consagrado por diversos instrumentos normativos garantindo a proteção e desenvolvimento das crianças, e em especial, o direito de conhecer sua origem genética em torno do anonimato do doador.

3. TÉCNICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE

3.1 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Como já discorrido anteriormente, os bens de personalidade são, na maioria das vezes, consagrados da na Constituição Federal com status de direito fundamental. Ou seja, gozam de proteção especial, se tornando direito de personalidade fundamentais, com verdadeiro sentido de princípio fundamental.

É o caso do objeto de estudo desse trabalho, sendo os direitos de personalidade envolvidos na procriação medicamente assistida heteróloga: direito fundamental à identidade pessoal e genética e direito à intimidade.

Atualmente, os direitos fundamentais têm total importância na questão entre o Estado e os direitos individuais de cada cidadão, esclarecendo até onde as leis e os tribunais podem interferir nos direitos de cada um. Toda e qualquer norma jurídica criada, deve estar em acordo com o sistema jurídico, ou seja, deve ser fundada conforme os princípios fundamentais que constam na Constituição.

Os direitos fundamentais são compreendidos como um sistema de princípios e regras que têm como objetivo a proteção do ser humano em suas três dimensões: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação. Assim, temos que os princípios condicionam a validade, a interpretação e a integração dos atos, negócios e contratos.

É necessário distinguir as três principais categorias jurídicas, que são: norma, regra e princípio. A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia apenas norma e princípio, no entanto essa explicação foi abandonada e passou a ser compreendido que as regras e princípios são espécies de normas, sendo que seriam consideradas duas espécies de normas.

Nessa linha de pensamento, Barros (2009, p. 143) afirma que os princípios são a base a base dos sistemas normativos. Para Carvalho (2009, p. 38), essa distinção é a chave para solução dos problemas entre os direitos fundamentais, e poderia ser realizada de duas maneiras: a primeira de que há uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras denominada “concepção forte”, e a segunda que

considera não existir uma distinção clara entre os princípios e as regras denominada “concepção débil”.

As normas jurídicas não são apenas mandamentos, mas também permissões e atribuições de poder e/ou competência, com uma estrutura lógica caracterizada por uma situação hipotética e determinadas consequências juridicamente prescritas, ou seja, fato e consequência.

Os princípios, por sua vez, possuem o pressuposto de fato que acaba caracterizando-os como uma norma jurídica, mas com uma série de hipóteses indeterminadas, diferentemente das regras. Para se diferenciar princípios e regras, é de extrema importância considerar a opinião e contribuição de vários doutrinadores.

Para Ronald Dworkin, existem dois critérios para analisar os princípios. O primeiro é de ordem lógica: as regras são aplicadas de forma disjuntiva, ou seja, ocorrendo a hipótese de incidência e sendo uma norma válida, a consequência jurídica necessariamente deve acontecer. Já o segundo: considera que os princípios não são automaticamente aplicados, por comportarem várias exceções.

Ainda segundo Dworkin (2010, p. 37), existem várias diferenças entre princípios e regras. Em relação ao tipo de orientação, as regras são válidas para o caso concreto e aplicadas na sua integralidade ou não são válidas, portanto, não serão aplicadas. Já os princípios possuem peso e importância, ou seja, no caso de uma colisão entre princípios, iria prevalecer aquele com maior importância para um caso determinado.

Já o doutrinador Alexy (2014, p. 83) afirma que a diferença entre princípios e regras é qualitativa, sendo distintas em relação à estrutura e à maneira de aplicação, vejamos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Assim, confirma que as regras são normas que expressam deveres definitivos, esclarecendo exatamente o que deverá ser feito. E os princípios, sendo considerados mandamentos de otimização, são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas.

Por fim, Canotilho (2000, p. 1.160) explica que a distinção entre os princípios e as regras é complexa, tendo em vista duas questões que os cercam: qual

a função dos princípios e se deve existir um denominador comum entre as normas jurídicas. Assim, o autor afirma ser preciso distinguir entre princípios hermenêuticos e jurídicos, sendo o segundo o mais relevante para o estudo em questão.

Verificamos que, segundo as doutrinas, a diferenciação entre regras e princípios se dá a partir de critérios e/ou classificações, como por exemplo: grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade de ideia de direito e natureza dos princípios.

Para o grau de abstração, os princípios são considerados normas com um grau elevado, enquanto as regras com grau reduzido. Quanto ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, os princípios são vistos como vagos e precisam de mediações concretizadoras, já as regras podem ter aplicação direta.

O caráter de fundamentabilidade explica que os princípios são normas de natureza estruturante com papel fundamental no ordenamento jurídico, graças à sua hierarquia no sistema das fontes do direito. E o critério de natureza denota que os princípios são os fundamentos das regras, ou seja, são normas que estão na base das regras jurídicas.

Em síntese, as regras são normas que exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem exceções. E os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo, mas sim buscam a otimização de um bem jurídico ou de um direito, tudo dentro da “reserva possível”.

Essa busca pela diferenciação entre regras, princípios e normas busca desenvolver uma forma de solucionar conflitos e colisões de direitos fundamentais. Não longe da realidade, vemos com frequência casos concretos em que os princípios de uma pessoa colidem com os princípios de outra pessoa, requerendo o máximo de interpretação dos legisladores buscando a aplicação de uma solução justa para ambas as partes.

3.2 CONCORRÊNCIA/COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

O fato de existir regras e princípios que formam o ordenamento jurídico torna possível haver conflitos entre regras, entre regras e princípios e entre princípios, essas ocorrências são denominadas antinomias e levam o legislador a decidir o que

deverá prevalecer em cada situação. Em uma colisão de interesses é fácil distinguir se está diante de uma regra ou de um princípio.

O conflito de regras se resolve introduzindo uma cláusula de exceção, que elimina o conflito ou declara uma das regras inválida, através de critérios cronológicos, hierárquicos e da especialidade. De acordo com o critério cronológico, a regra posterior revoga a anterior. Pelo segundo critério, a regra superior revoga a inferior. E por fim, com o terceiro critério a regra especial revoga a geral.

No conflito de princípios não existe exatamente uma discricionariedade em definir qual deles deverá prevalecer. O legislador precisará fazer um juízo de ponderação entre os valores jurídicos envolvidos, segundo os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que a solução dependerá do peso e da importância de cada uma no caso concreto, que não será invalidado, mas apenas não aplicado em determinada situação.

A Constituição Federal é um conjunto de várias ideias, aspirações e interesses diferenciados e até mesmo opostos, ou seja, é um sistema aberto de princípios, e por isso existe a tensão entre estes. Não se deve confundir a concorrência com a colisão de princípios. A concorrência é quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de vários direitos fundamentais, já a colisão ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

Graças à natureza fundamental dos direitos, é necessário entender que os mesmos funcionam como princípios, e por isso caso ocorra a colisão entre eles não haverá a supressão de um em favor do outro, mas sim uma solução utilizando o método de ponderação, levando em consideração o peso ou a importância de cada princípio, a fim de escolher qual deles prevalecerá ou sofrerá menos restrições do que o outro.

A técnica de ponderação foi desenvolvida por Robert Alexy, com base na jurisprudência alemã. Além dessa técnica, para solucionar a colisão entre direitos fundamentais, utiliza-se também o princípio da proporcionalidade. Por não existir hierarquia entre as normas da Constituição Federal, se faz necessária a construção argumentativa, à luz de cada situação, através do uso da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

A solução mais adequada deverá ser sempre aquela mais adequada à vontade da Constituição, tendo como pressuposto o Princípio da Unidade da Constituição, respeitar alguns princípios básicos e buscar a equação entre as normas em conflito. Todavia a solução dada por Alexy não é unânime, havendo doutrina em sentido contrário.

Gavara (1994, p. 332) aponta que o método correto seria a ponderação de bens, que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos e os bens em conflito, determinando qual irá prevalecer, através do preenchimento de dois requisitos: a) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não realização do outro; b) a inexistência de uma hierarquia abstrata entre os direitos em colisão.

A ponderação de bens é realizada mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade, que para muitos doutrinadores é visto como um princípio da proibição de excesso. Carvalho (2009, p. 104) explicou a origem do princípio da proporcionalidade como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais, vejamos:

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, teve origem no século XIX no Direito Administrativo de polícia prussiano. Posteriormente, foi desenvolvido em todo o Direito Administrativo e finalmente surgiu não só no Direito Constitucional como em todo Direito Público. A aplicação desse princípio no Direito Constitucional apareceu por meio dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanentes e conflito entre direitos. Nesse sentido, este princípio aflorou, inicialmente, como técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública, mas desenvolveu-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais.

Temos que a ponderação está no princípio da proporcionalidade, na medida em que este se compõe de três princípios parciais: idoneidade ou adequação ou conformidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são, portanto, os subprincípios do princípio da proporcionalidade.

O princípio da adequação é aquele apropriado para atingir o objetivo pretendido, devendo existir uma congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma. Ou seja, é necessário analisar a idoneidade da medida para saber se, pelo menos, atinge o fim visado, sendo passível de anulação o ato que for considerado inapto para atingir determinado fim.

O princípio da exigibilidade ou necessidade é a busca do meio menos injurioso aos bens e valores protegidos pela Constituição, procurando sempre a mais suave das opções, dentro das disponíveis, para o alcance do fim. Assim, é possível entender que para uma medida ser necessária, deverá ser adequada. Por fim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

A diferença entre o princípio da idoneidade e da necessidade é que o primeiro tem a questão da verificação da relação de causalidade entre a medida e o fim a ser promovido, enquanto o segundo é uma questão de comparação entre a medida a ser escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas.

Em relação à necessidade, Canotilho (2003, p. 85) apontou quatro vertentes: exigibilidade material (indispensabilidade da restrição), espacial (limitação no âmbito interventivo), temporal (temporariedade da restrição) e pessoal (restringir ao mínimo o número de indivíduos cujos interesses serão sacrificados).

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve a otimização de possibilidade jurídicas. Carvalho (2009, p. 113) destaca que várias vezes os juízos de adequação e necessidade não são suficientes para determinar a justiça da medida restritiva adotada em um caso concreto. E são nessas ocasiões que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se enquadra para complementar o meio utilizado em busca do fim colimado.

Assim, conclui-se que qualquer restrição de um direito fundamental somente será válida se cumpridos determinados requisitos: A adequação, isto é, a restrição deve ser meio adequado e idôneo para a prossecução do fim visado, a necessidade, isto é, a restrição deve ser indispensável a ter apenas a medida estritamente necessária, proibindo-se o excesso, a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a restrição deve ser feita em nome de um fim proporcional e digno de tutela equivalente, exigindo-se uma medida justa entre meios e fins.

A Constituição Federal possui diversos direitos fundamentais, o que torna difícil a vida dos legisladores em face de casos concretos que envolvem a colisão, devendo ser solucionada com a aplicação da técnica de ponderação através do princípio da proporcionalidade.

4. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HETEROLÓGA E O ANONIMATO DO DOADOR

4.1 DEFENSORES DA PREVALÊNCIA DO ANONIMATO DO DOADOR SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA

O autor Pinheiro (2005, p. 39) demonstrou em parte os fundamentos usados pelos defensores do anonimato, vejamos:

Quem sustenta o anonimato posiciona-se no sentido de que o melhor seria o sigilo, pois de forma contrária estaria ferindo os direitos de privacidade e de intimidade da vida familiar do casal usuário da técnica, que pode ter a família abalada com a intromissão de um estranho, bem como relativamente ao doador, que não deseja ser procurado por ser pai de alguém que não tem interesse em ser. Além disso, a identificação do doador pode resultar numa diminuição no número de doador “indispensável à superação dos problemas da infertilidade”, embaraçando o acesso ao uso da técnica por parte daqueles que não podem gerar com material genético próprio.

No geral, as principais razões apontadas pelos doutrinadores que defendem o anonimato são: a garantia do valor da defesa da intimidade da vida privada, a promoção de um eventual bem-estar da criança (poupando um possível conjunto de traumas, resultante da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação), encorajar a doação, representar um meio de desresponsabilização da paternidade do doador anônimo, garantir aos pais sociais a impossibilidade do doador anônimo de ter qualquer direito sobre o seu filho biológico, revelar determinados elementos sobre a origem biológica da criança poderá fazer com que futuros doadores ocultem características essenciais aos diagnósticos pré-natais, colocar em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada.

Assim, verifica-se que o segredo é extremamente decisivo para proteger o valor da intimidade da vida privada e familiar, e sua revelação seria um fator de responsabilidade por violação dos direitos de personalidade presente (artigo 70 do Código Civil) a imputar a quem for responsável pelo sigilo.

As doutrinadoras Santana e Martins (2006, p. 93), também são favoráveis ao anonimato do doador, sustentando:

A doação envolve o núcleo do direito à intimidade, atingindo, a rigor a própria esfera da exclusividade. Por isso mesmo, tem o pesquisador o dever de manter a privacidade do sujeito de pesquisa, sejam estas informações associadas ao material biológico ou às demais informações inerentes à pesquisa, cabendo-lhe gerir estes dados e os mecanismos para sua obtenção e guarda (...). Tem, assim, o sujeito de pesquisa o direito à confidencialidade que inclui o direito de preservar o anonimato do patrimônio genético, sabendo-se que o conhecimento da estrutura genética de uma pessoa é elemento suscetível ao atingimento da intimidade.

Por fim, para Neto (2014, p. 225) se enquadra como favorável ao anonimato do doador, levando em consideração que atualmente o direito à identidade genética é um direito de quarta geração previsto na Constituição da República Portuguesa, não podendo confundir com o direito ao conhecimento do progenitor, conclui a doutrinadora:

Não esquecendo que o material hereditário de um ser constituído no seio da célula original e que muito da criança que irá nascer resulta definido pelas combinações dos genes masculinos e feminino e que o conhecimento do patrimônio genético de um indivíduo é um dos meios para detectar doenças genéticas e anomalias graves, daí não resulta diretamente a obrigatoriedade de conhecimento de quem seja o progenitor.

Nessa mesma linha de pensamento, outros doutrinadores demonstram dúvidas em torno da real importância do fato de a partir dos 18 anos a pessoa poder conhecer o doador do material genético, e no que isso poderá influenciar na sua identidade pessoal e biológica.

4.2 DEFENSORES DA PREVALÊNCIA DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA SOBRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

Nessa corrente de pensamento, entende-se que a reprodução assistida não deverá ser usada apenas para o interesse dos pais, mas principalmente no da criança que virá a nascer. Dessa forma, será possível a identificação do doador e o reconhecimento do direito à identidade genética e à identidade pessoal.

Os doutrinadores dessa linha de pensamento afirmam que essa é uma maneira de assegurar à criança a estabilidade psicológica necessária para se viver, tendo em vista que o sigilo não ocorrerá baseado no 'por amor à vontade própria', mas sim para que cada pessoa saiba quem foram seus progenitores reais, qual sangue corre em suas veias, em que medida as forças da natureza intervirem e qual foi a técnica laboratorial utilizada no seu nascimento.

O autor Moreira Filho (2002, p. 1) defende que o direito ao reconhecimento da origem genética é um direito personalíssimo de toda e qualquer criança, não sendo passível de obstáculos, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai. Já Almeida (2004, p. 18) discorre que a prevalência do direito à identidade genética do filho, é uma forma de respeitar a sua dignidade, historicidade e liberdade.

O fato é que no momento da doação, todas as partes deverão estar devidamente cientes de que sua ação pode vir a acarretar a revelação de sua identidade, cabendo a elas não criar óbices, mas sim facilitar o curso da revelação sem deixar a criança às cegas sobre sua verdadeira identidade biológica.

Segundo Moreira Filho (2002, p. 2), a prevalência do acesso à origem genética parte do princípio da isonomia, devendo ser interpretado no sentido de igualdade entre todos os filhos. Os filhos procriados por doação de gametas devem ter o direito de conhecer a sua origem genética, ou seja, os pais biológicos, sem que isso acarrete a descontinuidade da filiação jurídica e sem implicar qualquer outro direito inerente à filiação que não seja do reconhecimento genético.

Nota-se que os doutrinadores que defendem a prevalência do direito de conhecer a identidade pessoal e genética, pregam a importância da informação sobre a ascendência para o bem-estar psíquico da pessoa concebida artificialmente.

Portanto, deve ser sempre cedido em casos que a informação da origem genética terá influência na garantia da integridade física e até mesmo na saúde da pessoa, no caso de doenças genéticas. Na verdade, aqui, teríamos uma verdadeira situação de conflito não apenas do direito à origem genética, mas sim do direito à vida, cujo peso valorativo é maior do que qualquer outro frente à Constituição Federal.

4.3 DEFENSORES DE UMA POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA

Entre essas duas correntes apresentadas existe uma posição intermediária de alguns doutrinadores. Segundo estes, não seria necessário a identificação do doador, mas somente o acesso à sua identidade genética, ou seja, o DNA.

Portanto, o anonimato do doador não significa que tudo constitui segredo, levando em consideração que vários graus de segredo correspondem a vários graus de revelação, sendo possível numa primeira fase revelar ao filho que este nasceu através de uma técnica de reprodução assistida, e na segunda fase seria permitido conhecer os antecedentes genéticos do doador, sem precisar revelar a identidade.

Reis (2008, p. 365) é um dos doutrinadores desse posicionamento, defendendo que a admissibilidade do conhecimento do doador deve ocorrer, excepcionalmente, mediante uma decisão judicial, sendo que outros valores poderiam influenciar e paralisar a revelação. No entanto, caso restasse comprovado que em determinado caso concreto houvesse prejuízo maior que aquele que a efetivação do direito de conhecimento das origens genéticas poderia evitar, como por exemplo, a proteção dos núcleos familiares ou a saúde psíquica do doador.

Importante frisar que, apesar de defender uma posição intermediária, esses mesmos doutrinadores não são a favor de um sistema que permita os beneficiários a escolher entre o recurso de gametas de doadores que permaneceriam anônimos ou de doadores que aceitariam a revelação da sua identidade.

Um sistema dessa natureza, não protegeria o interesse dos filhos, que sem escolher nasceram sob a alçada do anonimato, e seria impossível de enquadrar na ordem constitucional, considerando os princípios da igualdade e da não discriminação.

4.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DO CONFLITO EXISTENTE ENTRE OS DIREITOS À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICA E O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA HETERÓLOGA

A adoção do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy influencia diretamente na técnica para resolução de conflitos que existem entre os direitos fundamentais de personalidade. Nesse último subcapítulo, procuraremos resolver o conflito que existe entre os direitos fundamentais da genética e da identidade pessoal e da intimidade do doador na procriação medicamente assistida heteróloga.

Importante destacar, conforme visto nos capítulos anteriores, que para aplicar o princípio da proporcionalidade deve ser seguida a ordem dos seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O doutrinador Brito (2017, p. 148) esclarece não ser obrigatório a análise através de todos os três subprincípios, ou seja, a relação entre eles é subsidiária. Sendo assim, só se deve analisar se uma medida é necessária após verificar se a mesma é adequada.

O subprincípio da adequação se baseia na realização de um exame absoluto, ou seja, não tem comparação com outras hipóteses, em relação ao meio

escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deverá ser adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o fim pretendido.

No caso discutido no presente trabalho, o anonimato do doador é o meio adequado para promover a defesa do direito fundamental de personalidade da intimidade do terceiro que doa seu material genético na procriação medicamente assistida heteróloga? O entendimento é que sim, pois de fato a partir do momento da doação, o terceiro que doa seu material genético terá preservado o direito fundamental de personalidade da intimidade.

Segundo o subprincípio da necessidade é obrigatório a realização de um exame comparativo, levando em conta a gravidade do meio escolhido e o objetivo que se pretende. A medida adotada deve ser considerada necessária se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo.

No caso analisado, a questão é se a defesa do direito fundamental de personalidade da intimidade do doador pode ser alcançada por outros meios menos gravosos que ao direito fundamental à identidade pessoa e genética da pessoa nascida a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida heteróloga, que é o anonimato.

Aqui o entendimento é que não, tendo em vista que tal medida é necessária, pois não existem outras medidas tão eficazes quanto, e nem menos gravosas. Destarte, não há como harmonizar o conflito que existe entre os direitos fundamentais de personalidade, passando-se para a terceira etapa da ponderação, que é a análise da proporcionalidade.

Como visto anteriormente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação, leva em conta a intensidade da restrição do direito que foi atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. É aqui nesse momento, que se deve analisar qual o direito vai ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar.

O autor Brito Cardoso (2007, p. 149), baseado na teoria de Alexy, esclareceu que a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dividida em três etapas, vejamos:

Primeiro deve ser determinada a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de restrição ou de não satisfação atingido. Depois deve-se averiguar a importância das razões que justificam tal intervenção, ou seja, a importância de satisfazer o direito concorrente. Por fim, deve-se fazer a ponderação entre as respostas das duas fases anteriores, concluindo se a importância de se

satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido.

Ao observar o grau de restrição ou não satisfação do direito fundamental de personalidade ao conhecimento da origem pessoal e genética, nota-se que se dá em grau máximo, sendo que a grande maioria das legislações que impõe a prevalência do anonimato, permite, excepcionalmente, a relativização da regra, e ainda assim, se for por motivos justificado perante o Estado-Juiz.

Porém, durante a leitura das correntes doutrinárias existentes, percebe-se que as razões justificativas da ausência do anonimato são juridicamente mais aceitáveis do que as razões invocadas para a defesa do anonimato, frente à evolução do direito e da sociedade.

Atualmente, o princípio do superior interesse do menor leva à proteção do direito fundamental de personalidade da identidade genética e pessoal da pessoa que nasceu atrás da reprodução assistida, em detrimento do direito fundamental de personalidade da intimidade daquele que, por ato livre e consciente, participou do projeto parental, doando seu material genético.

Não há o que se falar mais que o anonimato estimula a doação de gametas e o não anonimato acabaria por inviabilizar a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, porque diminuiria a quantidade de doadores. Nos países que adotaram a prevalência do direito à identidade pessoal e à genética, não houve essa inviabilização, mas sim um aumento do número de doadores.

Importante lembrar que o reconhecimento dessa origem não implicará no reconhecimento do vínculo jurídico de filiação, tendo em vista que nos dias atuais o critério para fixação dessa filiação não mais prevalece sobre a identidade biológica.

A prevalência do direito à identidade pessoal e genética, em detrimento da intimidade do doador, refere-se apenas à pessoa que nasceu da técnica de procriação. Ou seja, o seu direito não poderá ser aniquilado por causa de terceiros. Em contrapartida, mantém-se o direito à intimidade do doador com relação sobre os demais participantes do processo de procriação, por meio de um termo de confidencialidade, garantindo que o terceiro doador do material genético, não venha a se intrometer na vida da família que recebeu a doação.

Os sistemas de proteção da infância perseguem o interesse superior da criança, mesmo que está ainda não exista ou não esteja concebida. A Convenção Sobre Direitos da Criança, nos artigos 7º e 8º, garante o direito à proteção da

identidade, determinando que toda criança terá o direito, sempre que possível, de conhecer seus pais.

A grande questão é: o anonimato do doador, procriação medicamente assistida heteróloga, por si só prejudica o superior interesse da criança? O seu bem-estar, saúde, inteligência, equilíbrio emocional e psicológico estarão em perigo pelo fato de não conhecer sua origem genética? Com base na evolução da sociedade, parece que sim.

Com tantos estudos e doutrinas, nota-se que as opiniões não são fixas. Muitos defendem o anonimato, enquanto outros acreditam não ser algo que vá interferir em grandes questões pessoais. Enquanto Costa (2012, p. 280) defende que as crianças que nascem neste século não estranham a maneira como vieram ao mundo e por isso não há a necessidade de reconhecer a origem genética, Do Carmo (2017, p. 6) esclarece que é controverso as crianças nascidas por reprodução assistida desconhecerem sua origem.

De acordo com os princípios da igualdade e da verdade genômica, ninguém será privado do direito de compreender o seu nascimento ou autoconhecimento, mas em uma sociedade de incontáveis filhos cujo nascimento é resultado de descuido ou falta de planejamento familiar, e de crianças abandonadas e órfãs, as crianças nascidas por meio de tecnologia heteróloga de reprodução médica assistida, definitivamente terão uma compreensão especial de como foram desejadas e esperadas.

CONCLUSÃO

O homem é apto para ser um sujeito de direitos e obrigações. Logo, possui personalidade jurídica, que atribui à uma pessoa os bens da sua própria personalidade física, moral e jurídica, em acordo com suas vontades e atitudes. Os direitos de personalidade jurídica são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, vitalícios e necessários.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base da fundamentação para a proteção dos direitos de personalidade. O reconhecimento da dignidade determina que o ser humano é o centro do ordenamento, no qual suas vontades, necessidades e ações deverão ser respeitadas.

É necessário distinguir os direitos de personalidade dos direitos fundamentais e humanos. Enquanto os direitos de personalidade incidem sobre os elementos e realidades desta, o direito fundamental são os atribuídos pela Constituição Federal. E os direitos humanos são um resultado da natureza do homem, reconhecido pela lei natural e internacional.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar reconhece o espaço de privacidade à pessoa para que a mesma possa se sentir à vontade, longe da indiscrição dos outros, seja na vida pública ou na vida privada. Já o direito à identidade pessoal e genética caracteriza cada pessoa como uma unidade individual, se diferenciando das outras graças às suas práticas pessoais.

No presente trabalho, verificamos que a reprodução medicamente assistida é o conjunto de métodos utilizados na formação de um embrião humano, sem o uso do ato sexual, para solucionar o problema dos casais que por algum motivo não podem ter filhos. Observamos também que na doutrina não existe um consenso sobre o uso das técnicas de procriação medicamente assistida, havendo argumentos favoráveis e contrários.

A reprodução medicamente assistida pode ser definida como heteróloga ou homóloga, a depender do uso dos gametas. Se a fecundação for realizada com espermatozoide e ovócito do casal, sem um terceiro doador de material genético, será definida como homóloga. Entretanto, se for necessário o uso do material genético de um terceiro doador, será denominada como heteróloga.

Por ser uma área da medicina, poderia ser dito que não existiriam limitações, no entanto não é isso que ocorre. Essas técnicas de reprodução só serão reconhecidas se não violarem nenhum princípio fundamental aplicável ao caso concreto. O princípio mais importante, e também o alicerce constitucional, é o da dignidade da pessoa humana.

Esse princípio determina limites na atuação do Estado, para que o poder público não possa praticar nenhum ato que viole uma pessoa, e deverá ter como principal objetivo garantir uma vida digna a todos. Além disso, também existem limites nas relações privadas, proibindo atos e atitudes que perturbe a dignidade de qualquer um.

O direito à identidade genética e pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito de família, são outros princípios aplicados na procriação medicamente assistida. São considerados direitos fundamentais, e por isso possuem proteção especial na Constituição Federal.

Durante o decorrer do trabalho foi discutido as diferenciações entre norma, regra e princípios jurídicos. As regras e os princípios são normas, e se distinguem em relação à validade. Os princípios não possuem essa dimensão de validade, mas se baseiam por peso ou importância. Assim, caso ocorra uma colisão entre os princípios, irá prevalecer o que for mais importante em um determinado caso, sem tornar inválido o outro princípio, que poderá ser usado em outros casos.

O conflito entre princípios pode ser denominado em colisão ou concorrência. Na colisão, a efetuação de um direito fundamental reflete de forma negativa sobre os direitos fundamentais dos seus outros titulares. Já na concorrência, o comportamento de uma pessoa preenche os requisitos de vários direitos fundamentais.

Caso ocorra a colisão entre princípios e não seja possível alcançar a harmonia, a solução será aplicar o princípio da proporcionalidade, desenvolvido por Robert Alexy. Esse princípio é composto por três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por meio da idoneidade, é possível analisar se o meio escolhido é adequado para atingir o objeto que se pretende.

Através da necessidade, será procurado o meio menos injurioso aos valores protegidos pela Constituição. E o princípio da proporcionalidade em sentido

estrito, será a busca pela ponderação, autorizando a restrição de um direito fundamental em detrimento de outro.

Assim, observamos que na procriação medicamente assistida heteróloga existe a colisão de direitos fundamentais: o direito de conhecer a origem genética da pessoa que nasceu através dessas técnicas colide com o direito à intimidade da pessoa que doou o material genético de se manter no anonimato.

A doutrina se divide em três correntes: os que defendem a prevalência do direito ao anonimato do doador, os que defendem o direito à identidade pessoal e genética da criança e uma corrente mista, que defende o direito ao anonimato mas estabelecem que em um devido momento a regra do anonimato não deverá mais existir.

A evolução da bioética deixa claro que a pessoa que doa o material genético, já deve se incluir nessa situação sabendo que o seu consentimento estará criando limites ao seu próprio direito fundamental à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana e do supremo interesse da criança, conclui-se que a pessoa nascida por meio das técnicas de reprodução medicamente assistida não deverão ser presos as vontades dos participantes da técnica que resultou no seu nascimento, se não o seu direito à personalidade estaria limitado desde o início da sua existência.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade*. Coimbra: 2009, p. 06.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: 2006, p. 173.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: senado, 1988.

CABRAL, Rita. *O Direito à Intimidade da Vida Privada*. Lisboa, 1989, p. 373-406.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, p. 1160.

CANOVAS, Diego Espín. *Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007, volume 1, p. 63.

CARDOSO, Diego Brito. *Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy*. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10327/7300>. Acesso em 12/09/2020.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 38-39.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos A Sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37.

FERRAZ, Ana Claudia de Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 132.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: 2000, p. 141.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Danos Morais e Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 354.

MALTA, João. *Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*. Coimbra: Almedia, 2009, p. 122.

MARTINS COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana. *Os biobancos de material biológico humano. Bioética e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. Coimbra:1995, p. 250.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Disponível em <[HTTP:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588)> Acesso em 13/09/2020.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética. Sitio Jus Navegandi*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade0genetica>>. Acesso em 13/09/2020.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 134.

NETO, Luísa. *A procriação medicamente assistida como forma de disposição sobre o próprio corpo*. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=133068>. Acesso em 23/09/2020.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: 1998, p. 244.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

Relatório sobre procriação medicamente assistida, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV). 2004, p. 36-37.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição. Lisboa: 1999, p. 31.

WANESSA, Maria do Carmo Demasi. *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S151938292010000600011&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em 12/09/2020.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO
INSTITUCIONAL**

Av. Universitária, 1069 | Setor Universitário
Caixa Postal 86 | CEP 74605-010
Goiânia | Goiás | Brasil
Fone: (62) 3946.3081 ou 3089 | Fax: (62)
3946.3080
www.pucgoias.edu.br |

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

A estudante **Ana Carolina de Freitas Brandão**, do Curso de **Direito**, matrícula **20161000104830**, telefone: **(62) 982814972**, e-mail **anacarolinabrandao24@hotmail.com**, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA: O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E GENÉTICAS VERSUS O DIREITO AO ANONIMATO**, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 20 de novembro de 2020.

Assinatura do autor: *Ana Carolina de Freitas Brandão*

Nome completo do autor: Ana Carolina de Freitas Brandão

Assinatura do professor-orientador: *Ernesto Martim S. Dunck*

Nome completo do professor-orientador: Ernesto Martim S. Dunck