

DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA *VERSUS* A INTIMIDADE DO DOADOR NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UM CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Laís Cola Fernandes¹

Fabiana Campos Franco²

RESUMO

O artigo versa sobre a reprodução assistida heteróloga e a possibilidade de quebra do sigilo do doador em detrimento do direito a identidade genética da pessoa gerada através das novas técnicas de reprodução. O tema é controvertido em razão de haver amparo constitucional tanto para buscarmos o conhecimento da identidade genética, por se tratar de direito de personalidade indispensável para a conquista de uma vida digna; quanto para a manutenção do sigilo dos doadores e receptores, uma vez que a Carta Magna garante a inviolabilidade de sua intimidade. Conclui-se que a única saída possível para resolver tal conflito é partirmos da premissa de que os direitos fundamentais em questão têm base no princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual deve-se aplicar a eles a mesma forma de solução utilizada quando o conflito discutido envolve princípios, qual seja, a ponderação ou harmonização.

Palavras-chaves: Identidade genética; direito a personalidade reprodução; assistida heteróloga.

RIGHT TO GENETIC IDENTITY VERSUS INTIMACY DONOR IN ASSISTED REPRODUCTION HUMAN : A FUNDAMENTAL RIGHTS CONFLICT

ABSTRACT

The article deals with the heterologous assisted reproduction and the possibility of donor breach of confidentiality over the right to genetic identity of the person generated through new reproductive techniques. The issue is controversial because there is constitutional protection for both seek knowledge of genetic identity, because it is essential right personality to conquer a dignified life ; as for maintaining the confidentiality of donors and recipients , since the Constitution guarantees the inviolability of their privacy. It follows that the only way possible to resolve this conflict is to start from the premise that the fundamental rights in question are based on the principle of human dignity , why should apply to them the same way solution used when the discussed conflict involves principles , namely, the weighting or harmonization.

Keywords : genetic identity; right to play personality; heterologous assisted .

¹ Emescam, Pós Graduada em Direito Médico, lcola@hotmail.com

² Emescam, Doutora em Comunicação e Saúde, fabianacfranco@gmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 2 REFERENCIAL TEÓRICO; 2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL E SUA EVOLUÇÃO; 2.2 A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA; 2.3 O CONFLITO ENTRE O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA DAQUELES GERADOS ATRAVÉS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR; 2.3.1 IDENTIDADE GENÉTICA – DIREITO DO NASCIDO; 2.3.2 INTIMIDADE GENÉTICA – DIREITO DO DOADOR; 2.3.3 PANORAMA ATUAL; 3 METODOLOGIA; 4 RESULTADO E DISCUSSÃO DA PESQUISA; 5 CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Os crescentes avanços da medicina revelaram ao mundo a possibilidade de reprodução humana artificial, fato este que possibilitou que milhares de casais, que por algum motivo não podiam gerar filhos pelo método natural, realizassem o sonho da maternidade ou paternidade.

Não obstante todas as benesses conquistadas, os progressos também trouxeram um ambiente de instabilidade, já que a legislação não foi capaz de acompanhar sua dinamicidade.

Hoje, as técnicas de reprodução humana artificial são regulamentadas por Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, apesar das louváveis tentativas de delimitação das questões atinentes a matéria, não são de todo eficientes. Isso porque, como sabemos as Resoluções Administrativas não tem a força integradora e sancionatória necessária à geração de segurança jurídica ao procedimento.

Ademais, principalmente no âmbito da reprodução assistida heteróloga, surgiram discussões, como a possibilidade de quebra do sigilo do doador em detrimento do direito a identidade genética da pessoa gerada através das novas técnicas de reprodução, caso este que estudaremos no decorrer deste trabalho.

Em verdade, o tema é controvertido exatamente em razão de haver amparo constitucional tanto para buscarmos o conhecimento da identidade genética, por se tratar de direito de personalidade indispensável para a conquista de uma vida digna; quanto para a manutenção do sigilo dos doadores e receptores, uma vez que a Carta Magna garante a inviolabilidade de sua intimidade.

Nesse contexto, percebemos a existência de uma zona de conflito entre dos direitos fundamentais que colocam em dúvida a validade das Resoluções Administrativas. Assim, como resolver o problema? A pessoa gerada por reprodução humana assistida, cujo doador de sêmen exige o anonimato, tem o direito de sua origem biológica?

É necessário frisar que não pretendemos solucionar o conflito de direitos fundamentais que envolvem a reprodução humana assistida heteróloga, senão trazer a tona algumas das discussões e argumentos que perfazem tema com vistas a rediscutir a matéria buscando meios alternativos de resolução da questão.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL E SUA EVOLUÇÃO

Nos últimos anos a sociedade vem presenciando um enorme avanço no campo da medicina e da biotecnologia³. Avanços estes que trouxeram incontáveis benefícios à saúde e à qualidade de vida das pessoas, possibilitando, por exemplo, que casais incapazes de gerar filhos pelos meios naturais pudessem alcançar o tão sonhado objetivo.

O primeiro registro histórico de reprodução humana artificial se deu em 1790, quando, sem êxito, o inglês John Hunter implantou em uma mulher o sêmen de seu marido. Algum tempo depois, por volta dos anos 1839, o ginecologista Jaime Marion Sims teve sucesso ao introduzir líquido seminal no canal cervical de uma mulher. Contudo, somente em 1884 na Inglaterra, o médico Pancoast obteve sucesso ao realizar a primeira inseminação artificial heteróloga com a implantação do sêmen de

³ “A Biotecnologia abrange diferentes áreas do conhecimento que incluem a ciência básica (Biologia Molecular, Microbiologia, Biologia celular, Genética, Genômica, Embriologia etc.), a ciência aplicada (Técnicas imunológicas, químicas e bioquímicas) e outras tecnologias (Informática, Robótica e Controle de processos). A Engenharia Genética ocupa um lugar de destaque como tecnologia inovadora, seja porque permite substituir métodos tradicionais de produção (Hormônio de crescimento, Insulina), seja porque permite obter produtos inteiramente novos (Organismos transgênicos)”. **O QUE É BIOTECNOLOGIA?** Disponível em: <http://www.ort.org.br/biotecnologia/o-que-e-biotecnologia/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

um doador alheio à relação familiar na cavidade uterina da mulher (FRANJNDLICH, 2011, p. 04).

É certo que as citadas descobertas representaram apenas a porta de entrada para muitas outras que estariam por vir. Prova disso é que pouco tempo depois, em 1910, Elie Ivanov, após muitas tentativas, desvendou a forma até hoje utilizada de conservação do líquido seminal através de seu resfriamento (FRANJNDLICH, 2011, p. 04).

Ainda na Inglaterra, berço reprodução humana artificial, nasceu o primeiro ser humano cuja concepção se deu pela técnica da reprodução assistida. Fato de grande repercussão mundial, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, nasceu em 25 de julho de 1978. No mesmo ano, dessa vez pelos irmãos médicos Randolph W. Seed e Richard W. Seed foi desenvolvido o método atualmente conhecido como mãe substituta ou mãe de aluguel, que consiste na introdução do embrião proveniente de uma mulher em outra. (FRANJNDLICH, 2011, p. 04/05).

Atualmente existem seis diferentes espécies de reprodução humana assistida. São elas: 1) Reprodução assistida homóloga; 2) Reprodução assistida heteróloga; 3) Fecundação *in vitro* homóloga; 4) Fecundação *in vitro* heteróloga; 5) Gestação de substituição; e 6) Fecundação *in vitro* com doação de óvulos de mulher diversa daquela que conceberá a criança.

A reprodução humana assistida estrito senso ocorre de forma intracorpórea, contudo na reprodução artificial homóloga o material genético utilizado é do companheiro e o óvulo da própria mulher. Já na heteróloga, o óvulo é da mulher, mas o sêmen é de terceiro. (ENDRES, 2012, p. 08).

A fecundação *in vitro* homóloga e heteróloga respeitam a mesma lógica da reprodução artificial, no entanto, o processo de fecundação se dá fora do corpo da mulher, em laboratório, com posterior implantação (ENDRES, 2012, p. 09).

A gestação por substituição, por sua vez, ocorre quando a mulher que gera não é a titular do projeto parental, sendo certo que a “cessão” temporária do útero deve se dar de forma gratuita e a criança deve ser entregue imediatamente aos pais no momento do nascimento (ENDRES, 2012, p. 09).

Por fim, temos a fecundação *in vitro* com doação de óvulos de mulher diversa daquela que conceberá a criança. Neste caso o projeto parental é da gestante e não da doadora, todavia, o material genético implantado não pertence a ela.

Feita a análise superficial das técnicas atualmente disponíveis, no restante deste estudo vamos nos ater ao método de reprodução assistida heteróloga, já que nele se concentra a discussão acerca da possibilidade de quebra do sigilo do doador em face do direito à identidade genética da criança.

2.2 A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA

Como podemos observar através da análise histórica, a evolução da medicina se deu de forma extremamente dinâmica. Com os avanços surgiram técnicas de reprodução humana artificial que causaram grande repercussão no mundo jurídico, principalmente no âmbito do direito de família.

A reprodução humana assistida heteróloga tem por base o conceito contemporâneo de família, que leva em consideração a parentalidade afetiva, principalmente em razão de, nestes casos, o gameta fecundado não pertencer à pessoa que se propôs a realização do projeto parental, e se justifica pelo direito ao planejamento familiar assegurado a todo cidadão pela Carta Constitucional de 1988.

Não obstante não haver legislação específica que regule o instituto da reprodução humana assistida, a técnica encontra amparo, principalmente através de princípios constitucionais, do Código Civil que aborda o tema de forma superficial, de Resoluções administrativas no Conselho Federal de Medicina e do Código de Ética Médica, que de forma dispersa e lacunosa tentam regulamentar e impor limites à prática.

O processo de reprodução humana artificial é regulado pela Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina – CFM. De acordo com a referida Resolução, a reprodução artificial deve ser utilizada como subterfúgio para casais com dificuldade ou impossibilidade de gerar filhos, sendo vedada para qualquer fim que não a procriação humana. Ademais, “não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro

filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer”. (BRASIL, 2010).

A resolução se preocupa, ainda, em regulamentar a quantidade de oócitos e embriões que podem ser implantados, bem como quem são as pessoas que podem ser receptoras; como devem proceder às clínicas especializadas; proíbe o caráter lucrativo e comercial, dentre outras coisas, com o objetivo de proteção das partes envolvidas no processo. Um dos requisitos indispensáveis à realização do procedimento é a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, assim como de seus receptores, discussão sobre a qual nos debruçaremos em breve (BRASIL, 2010).

Além disso, o Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) prevê expressamente, no capítulo IX, a vedação a qualquer forma de divulgação de fato de que teve conhecimento em virtude do exercício de sua profissão.

Por sua vez, pretendendo acompanhar os avanços, mormente no que tange ao direito de família, o Código Civil de 2002, numa tentativa de adequar suas normas aos avanços científicos, reconheceu em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V a existência da reprodução humana assistida, estabelecendo que os filhos gerados por estes métodos se presumem concebidos na constância do casamento.

A disciplina mais recente sobre o assunto está disposta na Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2013), que veio complementar a resolução anterior, traçando novas diretrizes éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, mantendo em seu item IV, nº 4, contudo, a vedação a quebra do sigilo dos doadores e receptores de material genético, salvo em situações excepcionais.

Por fim, insta salientar que tramita no Congresso Nacional, desde 2003, o Projeto de Lei 1.184 (BRASIL, 2003.), que pretende trazer substrato legal com vistas a regulamentar de uma vez por todas os procedimentos que envolvem a reprodução humana artificial, pondo fim à insegurança jurídica e tornando mais claras as consequências possíveis da utilização do referido método. No entanto, até a presente data não existe previsão para que seja o mesmo convertido em Lei.

Como podemos notar a legislação sobre o tema é escassa, lacunosa e insuficiente para regular as situações decorrentes da prática da reprodução assistida. Tal

situação, diante da complexidade da matéria e das divergências acerca do tema, impõe a elaboração de Lei específica, isso porque, não obstante os louváveis esforços do Conselho Federal de Medicina na tentativa de regulamentação da questão, as Resoluções Administrativas não têm a força integradora e sancionatória necessária à geração de segurança jurídica ao procedimento.

2.3 O CONFLITO ENTRE O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA DAQUELES GERADOS ATRAVÉS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO À INTIMIDADE DO DOADOR

Através da análise das normas reguladoras do procedimento de reprodução humana assistida, podemos perceber, não obstante as lacunas normativas existentes, que há previsão expressa em Regulamentos do Conselho Federal de Medicina acerca da impossibilidade de quebra do sigilo dos doadores de material genético, excetuando-se apenas situações excepcionais em que estamos diante de problemas médicos. Contudo, não estariam os referidos regulamentos em desconformidade com a Constituição Federal?

Em verdade, o tema é controvertido exatamente em razão de haver amparo constitucional tanto para buscarmos o conhecimento da identidade genética, por se tratar de direito de personalidade indispensável para a conquista de uma vida digna; quanto para a manutenção do sigilo dos doadores e receptores, uma vez que a Carta Magna garante a inviolabilidade de sua intimidade.

Diante de tal questão percebemos a existência de uma zona de conflito entre dos direitos fundamentais. Assim, como resolver o problema?

2.3.1 Identidade genética – Direito do nascido

Inicialmente, importa esclarecer que “a identidade genética corresponde à dimensão da individualidade biológica do indivíduo, ao genoma de cada ser humano (BARRACHO, 2008, p. 03)”, e como tal, impõe proteção constitucional.

Neste contexto, e ciente de que os direitos da personalidade englobam o “direito a vida, ao nome, à identidade, à integridade física e psíquica, ao corpo, à imagem, à intimidade, à honra, à liberdade de pensamento e de crença e ao segredo (ENDRES, 2012, p. 20)”, entende-se que o direito ao conhecimento da ascendência genética está incluído neste rol.

Baseado nesta premissa, os defensores do direito a identidade genética da criança gerada através de reprodução assistida alegam que, sendo personalíssimo, trata-se de direito intransmissível e irrenunciável, nos termos do art. 11 do Código Civil de 2002, que diz que: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo (p. 153):

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.

No mesmo sentido, Tycho Brahe Fernandes (2000, p.85) defende que, sendo personalíssimo, o direito a identificação da origem genética não é passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte dos genitores, sendo possível a investigação da ascendência genética pelo titular do direito, devendo o laboratório fornecer os dados em segredo de justiça.

Assim sendo, em caso de interesse daquele que foi concebido por reprodução humana assistida, a identidade do doador deve ser trazida a tona, uma vez que aquele não participou do acordo entre os doadores e os receptores.

Outro argumento sustentado pela corrente que defendem a quebra do sigilo do doador se ampara no fato de que o segredo acerca da identidade genética gera grandes transtornos psicológicos aquele que foi gerado através do procedimento, isso porque, impossibilitado de conhecer sua origem jamais será capaz de prever qualquer impedimento matrimonial ou enfermidades genéticas, fato que gera grande angústia a quem tem que viver com a dúvida (FRANJNDLICH, 2011, p. 08).

Por fim, importa dizer que é unânime na doutrina, e expresso no Código Civil de 2002 (art. 1.597) o fato de que o conhecimento da identidade genética não importa e nem deve importar em direito de filiação, motivo pelo qual não há que se falar em preservação do doador quanto à possibilidade de futuro pedido de alimentos, dentre outras questões levantadas por aqueles que defendem a manutenção do sigilo a qualquer custo.

2.3.2 Intimidade genética – Direito do doador

Em contramão ao direito à identidade genética do nascido através do método de reprodução humana assistida, temos a garantia de sigilo acerca da identidade do doador, que fundamentado no direito à intimidade, garantia constitucional inviolável, também está inserto no rol de direitos da personalidade.

Aqueles que entendem pela prevalência do direito ao sigilo do doador, sustentam que “o princípio do anonimato é [...] pedra fundamental dos tratamentos de reprodução assistida (MORALES, 2007, p.10)”.

Nas palavras de Alice Frajndlich (2011, p. 08),

O anonimato [...] seria uma forma de incentivar a doação, justamente por sua garantia de ausência de qualquer responsabilidade do doador para com o gerado. Somente devido à garantia do anonimato a pessoa pôde nascer, pois, caso o contrário, não teria havido a doação.

Isso porque, a principal finalidade do sigilo é garantir a não interferência na vida do doador e vice versa, vem como impedir postulações de natureza patrimonial ou afetiva, zelando pela manutenção do acordo firmado.

Outro forte argumento trazido pelos defensores da manutenção do sigilo quanto à identidade do doador repousa no fato de que, em razão de o doador não compartilhar do projeto parental, existe o risco de a pessoa gerada através do procedimento sofrer abalo psicológico.

Na lição de Eduardo de Oliveira Leite *apud* Valéria Pereira (2015),

[...] A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa

consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.

Neste contexto, existe não só a possibilidade de abalo emocional da pessoa envolvida no processo pelo sentimento de rejeição e abandono, como da própria estrutura familiar, sendo certo que o sigilo é, também, forma de garantir a integração social e familiar, bem como evitar qualquer tipo de tratamento depreciativo.

No mesmo sentido, são levantadas, ainda, teses no sentido de que a identidade é moldada pelo “esforço pessoal próprio, ganhando nova imagem, foros de honra, e de intimidade (FRANJNDLICH, 2011, p. 08)”, motivo pelo qual não seria ela decorrente da identificação da origem genética, pelo que não justificaria à violação à intimidade do doador.

Por fim, não podemos deixar de considerar que a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina dispõe que expressamente que:

Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. (BRASIL, 2013).

Reforçando tal entendimento, o Código de Ética Médica ratifica a vedação ao afirmar que o sigilo médico somente pode ser violado após confirmação da presença de justa causa para tanto.

2.3.3 Panorama atual

Conforme demonstrado, existem inúmeras correntes a respeito da defesa ou não do anonimato do doador. Há quem defenda o anonimato absoluto; há correntes, em contrapartida, que defendem a quebra do sigilo em detrimento da vontade daquele que foi concebido através da reprodução assistida de conhecer sua origem genética. Existe, entretanto, uma corrente intermediária que trata a revelação da identidade do doador como exceção a regra do sigilo.

Certo é que diante da escassez legislativa a regulamentação da causa tem ficado nas mãos do Poder Judiciário, que por muitas vezes se depara com casos difíceis em que o conflito de direitos é latente e precisa ser decidido em face ao princípio segundo o qual o judiciário não poderá se eximir de julgar alegando inexistência de lei. Nesse contexto, o que fazer para resolver o dilema?

3 METODOLOGIA

Nossa pesquisa é essencialmente teórica e o método utilizado é o dedutivo, posto que recorreremos a um compilado de obras que nos auxiliaram na construção dos argumentos apresentados.

As obras consultadas podem ser divididas em: a) obras que trabalham a análise histórica das técnicas de reprodução humana artificial, bem como seu conceito; b) obras que trazem de forma direta a discussão sobre o conflito de direitos fundamentais, essencialmente entre os direitos de personalidade; e d) legislação, dentre elas o Código Civil, a Constituição Federal, o Código de Ética Médica, e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que serviram para embasar a nossa pesquisa.

Para iniciar a construção do texto partimos do conflito entre os direitos de personalidade (intimidade X identidade) e a partir daí nos debruçamos profundamente sobre os temas no intuito de trazer o conflito a debate e traçar meios de solucioná-lo. Para tanto, nos utilizamos de farta bibliografia no intuito de trazer as principais justificativas que sustentam a sobreposição de um direito sobre o outro.

Cientes nunca é fácil trabalhar com conflito de direitos fundamentais, principalmente quando ambos têm amparo constitucional, caminhamos em direção as normas que regulamentam o tema mais especificamente, momento este de grande preocupação frente a constatação de que a regulamentação em é quase que absolutamente feita através de Resoluções Administrativas do Conselho Federal de Medicina, que como sabemos não têm a força integradora e sancionatória necessária à geração de segurança jurídica ao procedimento.

Em razão, ainda, de os conceitos trabalhados não serem comuns à área jurídica, procuramos esclarece-los com o objetivo de facilitar a compreensão e possibilitar a abertura do diálogo interdisciplinar entre o direito e a medicina.

Ademais, conscientes da importância de temas bioéticos para o desenvolvimento das ciências humanas e sociais, trouxemos perguntas com intuito de fazer o leitor pensar, uma vez que o tema permite a expressão de opiniões, uma vez que envolve ética e vida, assuntos subjetivos e muito particulares.

Por tudo que foi dito, o método dedutivo foi o que se encaixou melhor no objetivo da pesquisa cuja finalidade é a análise de uma realidade social que demanda providências urgentes em razão de ser ainda muito jovem e ter conceitos extremamente “crus”.

4 RESULTADO E DISCUSSÃO DA PESQUISA

Como vimos tanto o direito ao sigilo acerca da identidade do doador quanto o direito à identidade genética do filho são desdobramentos de direitos fundamentais, quais sejam direitos de personalidade. O primeiro é reflexo do direito a intimidade, e o segundo a vida digna.

Nesse contexto, descobrir a resposta para este choque de direitos da mesma classe, que não possuem hierarquia entre eles só é possível se partirmos da premissa de que os direitos fundamentais em questão têm base no princípio da dignidade da pessoa humana, e aplicando-se a eles a mesma forma de solução utilizada quando o conflito discutido envolve princípios, qual seja, a ponderação ou harmonização (FRANJNDLICH, 2011, p. 17).

Assim, “havendo colisão entre dois ou mais direitos fundamentais é imprescindível buscar sempre minimizar o prejuízo dos direitos envolvidos, tendo em vista que os mesmos não poderão ser excluídos (FRANJNDLICH, 2011, p. 17)”.

Para tanto quatro princípios constitucionais básicos poderão ser utilizados como parâmetro para que se estabeleça a prevalência de um direito sobre o outro, são eles: o princípio da unidade da Constituição; da razoabilidade; da proporcionalidade;

e por fim o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual recorreremos quando os anteriores não são capazes de dar a solução adequada.

Isso porque, é o princípio da unicidade que garante o mínimo de dano aos direitos constitucionalmente protegidos. Por sua vez, a proporcionalidade e a razoabilidade permitem zelar pela aplicação do direito mais adequado, que protege bem superior e mais apropriado ao caso concreto. (PINTO, 2007).

Por fim, quando nenhum dos princípios anteriores for capaz de dar a solução ao caso, devemos recorrer à dignidade da pessoa humana, já que de tal princípio reflete “o valor da pessoa como motivo de existência de um regramento jurídico”, sendo certo que deverá prevalecer o direito que em maior grau o defenda. (PINTO, 2007).

Não obstante todo o exposto, a única certeza que temos no momento é que precisamos urgentemente de uma legislação que aprecie e regule de maneira profunda o tema, pois a ciência, assim como a vida está em constante evolução, e o vazio normativo torna tudo possível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado durante o decorrer do presente estudo, a medicina, mormente no que se refere ao campo da biotecnologia, cresceu substancialmente e de forma tão dinâmica que o direito e a própria sociedade ainda não conseguiram absorver e regulamentar tais avanços, tanto do ponto de vista ético quanto jurídico.

O berço da reprodução humana assistida foi à Inglaterra, mas atualmente, os avanços já alcançam grande parte do mundo.

Hoje existem seis diferentes espécies de reprodução humana assistida. São elas: 1) Reprodução assistida homóloga; 2) Reprodução assistida heteróloga; 3) Fecundação in vitro homóloga; 4) Fecundação in vitro heteróloga; 5) Gestação de substituição; e 6) Fecundação in vitro com doação de óvulos de mulher diversa daquela que conceberá a criança.

Neste trabalho nos limitamos a análise da reprodução humana assistida heteróloga, já que é nela que se encontra o principal conflito entre direitos fundamentais que

permeia o tema, qual seja, a discussão sobre se seria possível a quebra do sigilo do doador, com latente violação a sua intimidade, em prol do direito a identidade genética da pessoa gerada através do novo método de reprodução.

No decorrer da pesquisa pudemos perceber que existem três grupos de estudiosos que trabalham o tema, aqueles que defendem o sigilo total a qualquer custo; aqueles que defendem a abertura total da informação em face do direito à identidade genética; e os intermediários que defendem a quebra do sigilo somente em hipóteses excepcionais, principalmente relacionadas à saúde e a vida do nascido.

Percebemos também que a matéria é quase que absolutamente regulamentada através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina, resoluções estas que preveem expressamente a impossibilidade de quebra do sigilo de doador, salvo em hipóteses excepcionais relacionadas a problemas médicos que envolvem a saúde ou a vida do nascido.

A legislação sobre o tema é escassa, lacunosa e insuficiente para regular as situações decorrentes da prática da reprodução assistida. Tal situação, diante da complexidade da matéria e das divergências acerca do tema, impõe a elaboração de Lei específica, isso porque, não obstante os louváveis esforços do Conselho Federal de Medicina na tentativa de regulamentação da questão, as Resoluções Administrativas não têm a força integradora e sancionatória necessária à geração de segurança jurídica ao procedimento.

Em verdade, o tema é controvertido exatamente em razão de haver amparo constitucional tanto para buscarmos o conhecimento da identidade genética, quanto para a manutenção do sigilo dos doadores e receptores.

Certo é que diante da escassez legislativa a regulamentação da causa tem ficado nas mãos do Poder Judiciário, que por muitas vezes se depara com casos difíceis em que o conflito de direitos é latente e precisa ser decidido em face ao princípio segundo o qual o judiciário não poderá se eximir de julgar alegando inexistência de lei.

Nesse contexto, chegamos à conclusão de que a única saída possível para resolver tal conflito é partirmos da premissa de que os direitos fundamentais em questão têm base no princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual deve-se aplicar

a eles a mesma forma de solução utilizada quando o conflito discutido envolve princípios, qual seja, a ponderação ou harmonização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição:** bioética e direito. Disponível em: < http://gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Alfredo_de_Oliveira_Baracho/Identidadegenetica.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.184 de 2003.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=145692&filename=Avulso+-PL+1184/2003>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> . Acesso em: 11 mar. 2016.

CFM-CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_9.asp>. Acesso em: 11 mar. 2016.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013.** Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

ENDRES, Melina Gruber. **A prerrogativa do anonimato do doador em contraposição à busca da identidade biológica à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/melina_endres.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis. Diploma Legal, 2000, p.85.

FRANJNDLICH, Alilce. **Identidade genética e intimidade do doador:** A problemática da reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/alice_frajndlich.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista brasileira de Direito de Família. 19:133-56. P. 153.

MORALES, Priscila de Castro. **O direito à identidade genética *versus* o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_2/Priscila_Castro.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

O QUE É BIOTECNOLOGIA? Disponível em: <http://www.ort.org.br/biotecnologia/o-que-e-biotecnologia/>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

PEREIRA, Valéria. **O conflito entre o direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da reprodução assistida heteróloga.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44735/o-conflito-entre-o-direito-a-identidade-genetica-e-o-direito-a-intimidade-do-doador-no-contexto-da-reproducao-assistida-heterologa>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução assistida heteróloga: direito ao conhecimento da identidade genética.** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/720659>>. Acesso em: 11 mar. 2016