

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O ANONIMATO DO DOADOR

Regina Beatriz Tavares da Silva

Pós-Doutora em Direito da Bioética (2013) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutora em Direito (1998) e Mestre em Direito Civil (1990) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1979). Presidente e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Coordenadora e Professora dos Cursos de Especialização em Direito de Família e das Sucessões na Escola Superior de Advocacia ESA - OAB/SP. Professora Titular da Disciplina de Relações Familiares no Século XXI no Curso de Mestrado em Direito Privado e Relações Sociais do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).
reginabeatriz@adfas.org.br

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise comparativa entre o Provimento nº 52/2016 e o Provimento nº 63/2017, ambos do Conselho Nacional Justiça, no que tange às normativas acerca do registro civil da pessoa nascida por reprodução assistida. Demonstrar-se-á que o Provimento nº 52/2016 oferecia efetiva proteção aos direitos da personalidade da pessoa gerada por reprodução assistida, ao estabelecer a obrigatoriedade de arquivamento no registro civil dos dados do doador, com sua identificação e seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas. Serão realizadas críticas ao anonimato do doador do material genético, explicitando a relação do direito com as novas tecnologias, o direito ao conhecimento da origem biológica e o risco de incesto oriundo dessa prática nos moldes do Provimento 63/2017.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida. Procriação medicamente assistida. Origem biológica. Origem genética. Anonimato do doador. Conselho Nacional de Justiça.

Assisted Reproductive Technology and the genetic material donor anonymity

ABSTRACT: This article aims a comparative analysis between Provision nº 52/2016 and Provision nº 63/2017, both of the National Justice Council, regarding the registration of the name and clinical data of the donor of the genetic material in assisted reproduction. It will be demonstrated that Provision nº 52/2016 would provide effective protection of the rights of the personality of the person generated by assisted reproductive technology by establishing the obligation to file the name of the gametes donor at the Registry Office with their identification, their general clinical data and phenotypic characteristics. It will be made a critic to the anonymity of the donor of genetic material, explaining the relation of law to new technologies, the right to biological origin's knowledge and the risk of incest arising from this practice.

KEYWORDS: Assisted Reproductive Technology. Medically assisted procreation. Biological origin. Genetic origin. Donor anonymity. National Council of Justice.

INTRODUÇÃO

Neste artigo o desenvolvimento do tema da Reprodução Assistida é realizado com base nas normas deontológicas, providas do Conselho Federal de Medicina (CFM), e nas regras administrativas, oriundas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A utilização cada vez mais frequente das técnicas artificiais reprodutivas conduz à necessidade de análise jurídica sobre as suas consequências nas esferas de todos os envolvidos, especialmente do ser humano gerado por reprodução assistida.

Diante do pressuposto de que o ser humano gerado por reprodução assistida é, entre todos os envolvidos, aquele que merece a maior preocupação, diante de sua indiscutível vulnerabilidade, o presente trabalho volta-se principalmente ao sigilo ou anonimato do doador de gametas, que, atualmente, está imposto pelas referidas normativas, para beneficiar o uso da técnica e proteger quem doa o material genético e quem o recebe, o que não confere a indispensável proteção à pessoa assim gerada.

A comparação entre as regras anteriores emanadas do CNJ e as atuais conduz ao melhor entendimento da matéria, razão pela qual é examinado o Provimento CNJ 52/2016, que foi revogado pelo Provimento CNJ 63/2017.

Assim, propõe-se a maior reflexão sobre o tema, principalmente no que se refere à proteção de quem nasce mediante a aplicação das técnicas artificiais de reprodução.

A presente pesquisa adotou como metodologia predominante a análise qualitativa por meio da comparação entre os Provimentos do CNJ – vigente e revogado - que tratam da reprodução assistida, com base na pesquisa bibliográfica sobre o tema.

1. A IDENTIFICAÇÃO DO DOADOR DE GAMETAS SEGUNDO O PROVIMENTO CNJ 52/2016

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Provimento nº 52, de 14 de março de 2016¹, estabeleceu normas de extrema relevância sobre a reprodução assistida.

Até então, a reprodução assistida recebia regulamentação somente do Conselho Federal de Medicina – CFM -, que é órgão de supervisão da ética profissional, cujas normas dizem respeito exclusivamente à classe médica. Em suma, anteriormente ao Provimento CNJ 52/2016, existiam apenas normas deontológicas, sem eficácia *erga omnes*, que previam o sigilo do doador do sêmen ou da doadora do óvulo na reprodução assistida heteróloga, conforme a Resolução CFM nº 2.121, de 24 de setembro de 2015.

A proteção do doador do material genético, para que nunca pudesse ser identificado, tinha em vista o incentivo à doação de sêmen e óvulos, com a consequente ampliação do número de inseminações e fertilizações assistidas. Tudo pela utilização das técnicas de reprodução assistida, independentemente dos problemas que a não identificação do doador do material genético pudesse causar ao ser humano gerado desse modo, em termos existenciais, sem poder saber do seu passado ou de sua verdadeira origem.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS)- foi intimada a se manifestar no Pedido de Providências nº 0004722-19.2014.2.00.0000, quando apresentou à Corre-

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 52, DE 14 DE MARÇO DE 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>. Acesso em 17 set. 2018.

gedoria Nacional de Justiça os fundamentos pelos quais deveria ser vedado o anonimato ou sigilo do doador de material genético, assim como guardados com segurança os seus dados genéticos.

Como resultado, foi aprovado o Provimento nº 52/2016 do CNJ, pelo qual o doador de sêmen e a doadora de óvulo deveriam ser identificados em escritura pública a ser arquivada no Cartório de Registro Civil referente ao assento de nascimento da pessoa oriunda de reprodução assistida, assim como ali arquivados os respectivos dados clínicos e características fenotípicas (artigo 2º, II e § 1º, I combinado com art. 3º, § 2º).

No uso de suas atribuições, entre as quais normatizar os registros de nascimentos, em 14/03/2016, por meio daquele Provimento, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do CNJ, estabeleceu normas de extrema relevância na proteção dos seres humanos nascidos por reprodução assistida.

No Provimento nº 52/2016, no art. 2º, parágrafo 1º, inciso I, o CNJ determinava ser indispensável, para o registro e emissão da certidão de nascimento do ser humano gerado por reprodução assistida, a apresentação de escritura pública, feita em Tabelionato de Notas, da qual constasse o consentimento do doador ou doadora para que o registro de nascimento da criança fosse feito em nome de outra pessoa ou dos chamados receptores:

§ 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem.

Também se repita que o CNJ determinava que fossem arquivados no Cartório de Registro Civil os dados clínicos de caráter geral e as características fenotípicas do doador e da doadora, para que o ser humano nascido da reprodução assistida também pudesse receber os tratamentos genéticos de que eventualmente necessitasse, com a devida garantia de que esses dados seriam preservados no Cartório e não só numa clínica de reprodução assistida, conforme seu art. 2º, II:

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários.

E esse Provimento exigia esses documentos para o registro de nascimento, em razão do disposto no seu art. 3º, § 2º:

Art. 3º. É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento.

§ 2º. Todos os documentos referidos no art. 2º deste Provimento deverão permanecer arquivados em livro próprio do Cartório de Registro Civil.

Segundo o provimento do CNJ de 2016, embora fosse obrigatória a revelação da identidade do doador, essa informação não criaria vínculo de paternidade entre o doador de sêmen ou a doadora de óvulo e a criança gerada. Eram os termos do art. 2º, § 4º do Provimento n. 52/2016:

§ 4º. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

Assim, inobstante tivesse sido determinada a revelação do doador, bem havia procedido o CNJ ao estabelecer a inexistência de deveres e direitos entre as duas partes. Ou seja, o filho não teria direito, por exemplo, de pleitear pensão alimentícia ou uma parte da herança do homem que doou gametas para sua concepção.

Em suma, o CNJ, com admirável sensibilidade e lucidez, havia elevado os direitos dos brasileiros concebidos em reprodução assistida a patamar superior ao sigilo do doador.

2. CFM E SUAS RESOLUÇÕES PELO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS

Mesmo sob a vigência do Provimento CNJ nº 52/2016, que determinou a vedação ao anonimato do doador com eficácia *erga omnes*, o Conselho Federal de Medicina (CFM) manteve o sigilo na doação de gametas na Resolução nº 2.121/2015, de 24 de setembro de 2015.

Conforme a Resolução nº 2.121/2015, no Capítulo IV, itens 2 e 4, somente por motivação médica poderiam ser fornecidas informações dos doadores, sem a revelação de sua identidade:

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

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

E segundo essa mesma Resolução, no item 5, cumpre às clínicas a guarda dos dados genéticos:

Item 5 - As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

Em 10 de novembro de 2017, outra Resolução, de nº 2.168, foi publicada pelo Conselho Federal de Medicina², que repetiu as mesmas normas a respeito da obrigatoriedade do sigilo sobre o doador de gametas, conforme se vê no Capítulo IV, itens 2 e 4:

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Todas as normativas do CFM sempre revelaram o receio de que a prática da reprodução assistida sofresse impactos negativos com o fim do anonimato dos doadores, desestimulando, por conseguinte, a aplicação dessa técnica.

² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 17 set. 2018

3. O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS NO PROVIMENTO CNJ 63/2017

O Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017 do CNJ deixou de prever a obrigatoriedade da identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida, estabelecendo, em seu art. 8º, que:

Art. 8º. O Oficial do registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.³

Como será demonstrado a seguir, foram revogados todos os avanços que haviam sido conquistados com o Provimento anterior.

Foi um retrocesso, que ofende os direitos da personalidade do ser humano gerado por essa técnica e que retirou do cenário nacional uma moderna normatização da reprodução assistida, realizada pela via registral.

4. DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Como aponta Christian Ghasarian, a filosofia que amplia as possibilidades na procriação artificial tem em vista os interesses dos pais e doadores de gametas – os direitos dos adultos –, enquanto que a que restringe tem em conta em especial os interesses do embrião e da criança que vai nascer – os direitos desse ser indefeso, que não pode ser tratado como uma coisa ou uma “não pessoa”⁴.

Foi este o caminho trilhado pelo CNJ na anterior vedação do anonimato do doador: olhar para os interesses da criança procriada através de técnica reprodutiva artificial, porque aí efetivamente é que deve residir a maior preocupação.

Na expressão de Paulo Otero, o diálogo entre o Direito e as novas tecnologias genéticas envolve uma “encruzilhada existencial”. E essa tensão revela-se claramente nas tecnologias de procriação artificial: há dilemas e mais dilemas complexos e de difícil solução⁵.

Assim, algumas perguntas devem ser feitas sobre a reprodução medicamente assistida. Tudo que for possível tecnicamente é aceitável? O Direito deve adotar conduta de mera ratificação de tudo quanto pode ser cientificamente feito?

Relevantes são os ensinamentos de Fernando Araújo, que aponta a necessária ponderação de dois interesses, sem que sejam um bem ou um mal absoluto, mas que acarretam dificuldade ao Direito de realizar verdadeiras escolhas, o que, somado à complexidade técnica das questões sem regulamentação legal, mas apenas deontológica, acarreta os inconvenientes de propiciar “áreas de impunidade”, em matéria de tamanha importância⁶.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 17 set. 2018

⁴ GHASARIAN, Christian. *Introdução ao estudo do parentesco*. trad. Ana Santos Silva, Lisboa: Terramar, 1999, p. 201.

⁵ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11/14

⁶ ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 7/8.

Diante de tantos dilemas e sabendo que a matéria merece melhores estudos e não pode ficar adstrita aos pareceres médicos, que são indiscutivelmente os maiores interessados em sua ampliação, o CNJ havia vedado, mediante o Provimento nº 52/2016, o anonimato do doador de material genético.

5. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA E DOS DADOS DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece direitos que se dirigem não só ao Estado e às entidades públicas, operando efeitos também na órbita privada⁷.

Na conformidade do art. 5º, XLI da CF/88 são vedadas quaisquer discriminações ou violações aos direitos fundamentais.

Em caso de conflito desses direitos, um deles deve prevalecer dentro de um juízo de ponderação, sempre no sentido mais conforme a Constituição Federal.

Cabe a seguinte pergunta: qual é o direito mais relevante no caso concreto, o sigilo do doador ou o direito fundamental do ser humano ao conhecimento de sua origem biológica e genética?⁸

Em tese de pós-doutoramento, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em comparação do Direito brasileiro com o Direito português, foi examinado o direito de todos os seres humanos de conhecer sua origem biológica e genética como um direito fundamental que deve prevalecer sobre o direito ao sigilo do doador⁹.

Quem nasce de reprodução assistida pode ter graves problemas na formação e desenvolvimento de sua personalidade, ou seja, sua dignidade, como cláusula geral de tutela da personalidade, pode ser gravemente ferida, porque jamais terá o direito de conhecer sua ascendência, fazendo perguntas irrespondíveis como as seguintes: De onde eu vim? Quem é meu verdadeiro “pai?” Qual é a minha família de origem?

O direito à identidade pessoal não consta da Constituição da República Federativa do Brasil em sua relação explícita de direitos fundamentais do art. 5º, mas assim deve ser também havido, em face do disposto no parágrafo 2º desse dispositivo, que não atribui caráter taxativo ao rol de direitos fundamentais, sendo que o Código Civil brasileiro prevê expressamente o direito à identidade pessoal, entre os direitos da personalidade, nos artigos 16 a 19¹⁰.

⁷ “(...) não se pode dizer que a disciplina constitucional dos direitos fundamentais se limite a reger a relação cidadão-Estado. Vai muito mais longe, abrangendo domínios daquela mais afastados” conforme ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 67, v. 1.

⁸ IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, Enunciado n. 274: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz: Procriação ou reprodução medicamente assistida nas uniões homoafetivas. In. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, CAMARGO, Theodureto de Almeida (Org.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p 17-25.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os Direitos da Personalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005. p.54-69.

E além desse direito fundamental, cite-se o direito ao desenvolvimento da personalidade, que se baseia na proteção da dignidade da pessoa humana, imposta pelo art. 1º, III da Constituição da República Brasileira.

Sobre o conhecimento da origem genética, sabe-se que é por meio dos seus dados que muitos tratamentos de saúde podem e cada vez mais poderão ser realizados. A Resolução CFM n. 2.121/2015 previa, assim como continuou a prever a Resolução CFM n. 2.168/17, sobre doação de gametas ou embriões, o dever das clínicas, centros ou serviços de manter, de forma permanente, os registros dos dados clínicos do doador, suas características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. A norma de deontologia brasileira, ao determinar a conservação de forma permanente daqueles registros e da amostra do material celular do doador, crê numa utopia, ou seja, na infundável perpetuação de todas as clínicas ou de todos os centros de reprodução assistida.

Por isso o CNJ havia determinado, no Provimento nº 52/2016, também em atendimento ao requerimento da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões –, que esses dados fossem arquivados no Cartório de Registro Civil do nascimento da criança fruto de reprodução assistida.

Mas, nossas reflexões vão além do direito ao conhecimento de dados genéticos, já que é inerente à pessoa humana o desejo de descoberta de sua memória ou ascendência familiar, ou de seus laços biológicos familiares, o que tem em vista o passado e inexoravelmente marca o futuro. A possibilidade de conhecimento da origem em preservação da formação da personalidade foi acatada na legislação brasileira, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, em matéria de adoção¹¹.

José de Oliveira Ascensão acentua:

Um ser que nasce sem história, a partir de gametas anônimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado. O conhecimento da origem biológica pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional.¹²

Exatamente por isso, o ser humano, independentemente de sua forma de vir ao mundo, deveria ter o direito de poder conhecer, nas palavras de Rafael Luís Vale Reis (...) as circunstâncias respeitantes aos termos em que foi gerado, assumindo aqui particular importância o conhecimento das pessoas que, no plano biológico, determinaram imediatamente a sua existência.¹³

Como afirma o autor supra citado, a impossibilidade desse conhecimento provoca um “embotamento”.

Como salienta Manuel A. Carneiro da Frada:

Efectivamente, costuma referir-se o Direito e a Ética ao Bem e à Verdade: tanto a Justiça como o comportamento ético realizam o Bem e a Verdade. Mas estes valores últimos, conhecidos como transcendentais do ser, apresentam-se intermutáveis. Não há Bem sem Verdade, nem Verdade sem Bem.¹⁴

¹¹ ECA – Lei 8.069/1990, com as modificações da Lei 12.010/2009, art. 48.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. v. III. Coimbra: Almedina, 2009, p. 33.

¹³ VALE E REIS, Rafael Luís. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16 e 64.

¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.. Relativismo, valores, direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 144, LI, n. 1 e 2.

Diogo Leite Campos também afirma ser ponderosa “a circunstância de o filho estar afectado psiquicamente pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos.”¹⁵

A revelação ao filho de que nasceu de reprodução assistida é seu direito fundamental. Além disto, a ocultação da verdade pelos pais registrais para com os filhos é a pior mazela que pode ocorrer na relação entre eles. Na adoção, mundialmente, se recomenda a revelação dos pais biológicos e no Direito brasileiro há norma legal expressa sobre a possibilidade do filho adotado de conhecer sua paternidade biológica (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 48). Na reprodução assistida não seria diferente, segundo o entendimento anterior do CNJ.

O direito ao conhecimento da origem biológica encontra lastro no plano internacional¹⁶. A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas estabelece, no art. 7º, n.1, que a criança tem desde o nascimento “sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais...”. De modo mais genérico – mas não menos firme – estabelece no art. 8º que os Estados partes “comprometem-se a respeitar o direito da criança a preservar sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e as relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal (...)”. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 24, n.3, prevê que todas as crianças “têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses” (progenitores no sentido de pai e mãe biológicos). Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento recorda ainda a Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial, de 16 de março de 1989, que:

[...] impõe aos Estados o respeito pelo direito da pessoa concebida com recurso às referidas técnicas a conhecer sua origem genética, nos mesmos termos em que um tal direito do adotado fosse tutelado.¹⁷

Vê-se que o interesse da criança gerada por reprodução assistida deve nortear a regulamentação dessa técnica. Como afirma Otavio Luiz Rodrigues Junior, esse interesse é a “indicação reitora de todo o Direito Parental”¹⁸.

Além dos prejuízos resultantes da impossibilidade de conhecimento da ascendência biológica, antes examinados, a reprodução assistida heteróloga, diante do anonimato do doador, gera o grave risco de incesto, como se verá a seguir.

6. OS RISCOS DE INCESTO DIANTE DO ANONIMATO DO DOADOR

A Resolução CFM nº 2.168/2017, em seu item 6, autoriza que um doador produza 2 gerações de crianças de sexos diferentes a cada 1.000.000 de habitantes¹⁹. Levando-se em consideração que, de acordo com o IBGE²⁰, o município de São Paulo possui aproximadamente 12

¹⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 73/86.

¹⁶ Conforme NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012., p. 333-358, cit. p. 336-337.

¹⁷ *Ibidem*, p. 337.

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariiedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 281-296, cit. p. 286.

¹⁹ Resolução CFM nº 2.168/2017, item 6: “Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora”.

²⁰ Informação disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama>>. Acesso em 18 abr. 2018.

milhões de habitantes e que a Grande São Paulo, 21 milhões²¹, haveria a possibilidade de existirem, respectivamente, 24 e 42 irmãos dentro de tais áreas geográficas, com o risco de se conhecerem, se apaixonarem e praticarem involuntariamente o incesto.

Vê-se, portanto, que a regulamentação trazida pelo Provimento nº 52/2016 sobre a vedação do anonimato, ao exigir que fosse apresentada perante o Ofício de Registro Civil a escritura pública de identificação do doador do gameta utilizado na reprodução assistida, impossibilitava a prática involuntária de incesto. Desse modo, diante do processo de habilitação para o casamento, apareceria a relação de parentesco e o casamento civil não poderia ser celebrado.

Relembremos, aqui, um caso real ocorrido na França, em que também vigora a regra do anonimato do doador²², o que impossibilitou ao casal, tendo sido ambos os cônjuges gerados por reprodução assistida, de saber se seriam ou não irmãos, vivenciando esse dilema, durante anos a fio, na relação conjugal²³.

Em 2009, na França, os pais de Audrey Kermalvezen, uma advogada francesa, revelaram à filha, já casada, que ela fora concebida por reprodução assistida heteróloga, aquela que um casal realiza mediante doação de gameta de um terceiro, ou seja, a procriação de Audrey ocorrera com o espermatozoide de outro homem que não seu pai. Audrey sentiu o mundo abrir aos seus pés. Ela conta que foi tomada de uma raiva intensa contra os pais, por terem escondido a verdade dela por quase trinta anos. A raiva e a indignação que sentia pelos pais só foi atenuada porque, como advogada especialista em Bioética, ela sabia perfeitamente o quanto a medicina e a legislação francesa haviam contribuído para criar e manter aquela mentira na qual ela havia acreditado durante tanto tempo, ao privilegiar o completo sigilo dos procedimentos de reprodução assistida, mantendo o anonimato absoluto dos doadores, com o propósito de encorajar mais e mais pessoas a se tornarem doadores de gametas²⁴.

Contudo, a angústia que se abateu sobre Audrey não se devia exclusivamente à frustração de descobrir que o homem que passara a vida inteira pensando ser seu pai, não era de fato seu pai biológico. Sua situação era mais grave. Audrey casara-se com um homem da mesma idade, nascido na mesma região da França, também concebido por reprodução assistida. Sem poder conhecer as identidades de seus pais biológicos, em razão do anonimato do doador que vigora na França, ela e o marido foram tomados pelo medo de que fossem irmãos, com a mesma ascendência biológica paterna²⁵.

O casal iniciou então uma verdadeira batalha na justiça, que continua se estendendo por anos, para descobrir a identidade de seus respectivos pais biológicos, ou, ao menos, para obterem a confirmação que não são filhos biológicos do mesmo homem. Mas essa informação tem sido negada, porque, argumentam as autoridades francesas, colocaria em risco o anonimato dos doadores.

Afinal, assim como no Brasil segundo sua atual regulamentação, na França a identidade dos doadores somente pode ser revelada aos médicos e por razões de saúde cujo tratamento exija o conhecimento dos dados genéticos.

²¹ Informação disponível em: <<https://www.emplasa.sp.gov.br/RMSP>>. Acesso em 18 abr. 2018.

²² Vide informações do Senado francês disponíveis em: <<https://www.senat.fr/lc/lc186/lc1860.html>>. Acesso em 18 abr. 2018.

²³ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso 18 abr. 2018.

²⁴ Sobre a história de Audrey, vide: <<http://www.lefigaro.fr/mon-figaro/2014/05/08/05/0810001-20140508ARTFIG00176-audrey-kermalvezen-je-veux-connaître-mes-origines.php>>. Acesso em 18 abr. 2018.

²⁵ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso em 18 abr. 2018.

No Brasil, Audrey teria melhor sorte sob a égide do Provimento do CNJ de 2016 e ficaria igualmente, como ficou, sem a tutela de seus direitos de conhecer a identidade de seu pai biológico sob a vigência do Provimento do CNJ de 2017.

O sofrimento de inúmeras pessoas na França, que desejam conhecer a sua ascendência biológica, é revelado pela existência da Associação PMAnonyme, que reúne pessoas inconformadas com o anonimato na sua ascendência biológica²⁶.

Além de encamparem a luta pública pela mudança da legislação francesa, essas pessoas, unidas em seu desespero, organizam-se para tentar obter dados com testes genéticos entre supostos irmãos, todos oriundos de reproduções assistidas. Através dessa Associação e desses mesmos testes genéticos que não são regulares, podendo-se imaginar as dificuldades inerentes à sua realização e à conclusão sobre a existência ou não de laços fraternos, Audrey e seu marido, embora ainda esperem a resposta da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a revelação de sua ascendência biológica, tiveram a sorte de livrar-se da dúvida que os angustiava ao conseguirem identificar alguns meio-irmãos, após muitos anos de aflição²⁷.

O risco de incesto é real não só na França, como também no Brasil que adota o anonimato do doador.

Como bem salienta Ives Gandra da Silva Martins, devemos estar atentos às novas técnicas reprodutivas e genéticas, para que não sejam justificadas por um “admirável mundo novo huxleyano”²⁸.

7. A RECENTE DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

Em Portugal vigorava o anonimato do doador de gametas na chamada procriação medicamente assistida, reiterado, inclusive, em alteração da legislação do ano de 2016.

Mas o Tribunal Constitucional, por meio do acórdão n. 225/2018, no Processo n.º 95/17, declarou como inconstitucionais as normas legais sobre esse anonimato.

Um grupo de trinta Deputados requereu, com êxito, à Assembleia da República, com fundamento no artigo 281º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos preceitos da Lei n.º 32 de 26 de julho de 2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – “LPMA”), na redação dada pelas Leis n. 17, de 20 de junho de 2016, e n. 25 de 22 de agosto de 2016, que determinavam o sigilo da identidade do doador²⁹.

Assim, o art. 15, sob a epígrafe “Confidencialidade”, n.ºs 1 e 4, da lei supracitada, determinava o anonimato do doador e a sua revelação somente em circunstâncias excepcionais, foram havidos como inconstitucionais.

Asseguravam esses dispositivos o anonimato a todos os terceiros dadores de material genético com vistas a possibilitar a fecundação da mulher. A regra era, assim, da não revelação

²⁶ Disponível em: <<http://pmanonyme.asso.fr/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁷ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso 18 abr. 2018.

²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida no Código civil à luz da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Org.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 57-70.

²⁹ Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>> Acesso em 28 de abr. de 2018.

da identidade do doador à pessoa que nasce de técnica de reprodução assistida heteróloga, a menos que existissem razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

A inconstitucionalidade foi declarada por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

Saliente-se o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) quando, antes da declaração de inconstitucionalidade das normas sobre o sigilo dos dados do doador, já alertava para o fato de que:

“... A decisão sobre a utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) deve estar subordinada ao primado do ser humano, princípio fundamental que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas (Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina). No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais carecido de proteção. Devem ainda ser tidos em consideração os direitos do/a filho/a à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos utilizados na sua geração” [Parecer n.º 87/CNECV/2016]³⁰.

E, para que o foco da proteção não seja exclusivamente dos receptores, mas considere, acima de tudo, aquele conjunto de direitos que constitui o mais importante valor a salvaguardar, e em relação aos quais o Estado tem um particular dever de proteção: os direitos da criança, passou a vigorar o princípio da revelação da identidade do doador do material genético.

Como constou do referido acórdão:

Se o direito a constituir família e a ter filhos é constitucionalmente protegido, também o é o direito a conhecer-se cabalmente a sua identidade – também a genética – e, entre um e outro, deverá ser o primeiro a ceder, e não o contrário...³¹

CONCLUSÃO

Sob a égide do Provimento n.º 52/2016, o Brasil contava com regulamentação do registro civil da pessoa oriunda de reprodução assistida que protegia os direitos do ser humano gerado através dessa técnica.

A obrigatoriedade de arquivamento do nome e das características genéticas do doador de esperma ou da doadora de óvulos consistia em verdadeira concretização dos direitos fundamentais de quem vem ao mundo sem poder interferir no modo de sua concepção, em respeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, previsto pelo art. 1.º, III, da Constituição brasileira como fundamento da República Federativa do Brasil.

Precisamente pelo fato de que todo ser humano é dotado de dignidade, deve ser vedado o seu rebaixamento a mero instrumento de satisfação do desejo dos adultos que querem ter

³⁰ Idem.

³¹ Ibidem.

filhos. Nenhum sonho pode ser legitimamente satisfeito às custas da negação à uma pessoa do acesso à sua própria identidade.

Destaque-se que com as normas anteriores, o CNJ não impunha ao doador de sêmen ou à doadora de óvulos qualquer ônus de paternidade ou maternidade, exigindo desse indivíduo tão somente a sua identificação como doador que assentiu na alienação gratuita de seus gametas.

Assim, o arquivamento do nome e dos dados genéticos do doador consistia na garantia de que o ser humano assim reproduzido pudesse conhecer a sua origem biológica e ter segurança em relação aos seus dados de ascendência genética, sem que isso implicasse, contudo, em qualquer tipo de laço familiar.

Além disso, enquanto vigorava o Provimento anterior, o risco de incesto era sensivelmente reduzido, protegendo, nesse aspecto essencial, também os direitos fundamentais do indivíduo gerado pela técnica.

Ao revogar todas essas conquistas, o Provimento nº 63/2017 reduziu o ser humano gerado pela técnica de reprodução assistida à mera condição de instrumento para a satisfação dos interesses de adultos.

No entanto, o entendimento manifestado pela Corte Constitucional portuguesa, que entendeu por adotar o princípio da revelação da identidade do doador, mesmo diante de recentes alterações legislativas anteriores que impunham o anonimato, traz a esperança de que as normativas brasileiras também recebam a devida modificação, para a preservação dos maiores interesses envolvidos, que são aqueles das crianças que vêm ao mundo pela reprodução assistida.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, v. 1. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 67,

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. **In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). Estudos de direito da bioética**, v.II. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Relativismo, valores, direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 144, LI, n. 1 e 2.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 17 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 52, DE 14 DE MARÇO DE 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109> Acesso em 17 set. 2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 17 set. 2018.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

KÜMPPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. São Paulo: YK, 2017.

GHASARIAN, Christian. **Introdução ao estudo do parentesco**. trad. Ana Santos Silva, Lisboa: Terramar, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida no Código civil à luz da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Org.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os Direitos da Personalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz: Procriação ou reprodução medicamente assistida nas uniões homoafetivas. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, CAMARGO, Theodureto de Almeida (Org.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**, v. 2. São Paulo: Sarai-va, 2014, p 17-25.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

VALE E REIS, Rafael Luís. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Recebido em: 2 maio 2018.

Aceito em: 19 out. 2018.