

ASPECTOS JURÍDICOS DA DOAÇÃO DE SÊMEN^{1*}

Camilo de Lelis Colani Barbosa^{2**}

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi realizado com o propósito de analisar alguns aspectos jurídicos da doação de sêmen. Objetiva-se, inicialmente, mostrar que o ato aparentemente simples, algo como um mero fato altruístico, possui, contudo, efeitos jurídicos sérios, relativos à paternidade, derivados de aspectos contratuais inerentes e inexoráveis.

Deve-se ressaltar que, muito embora as pessoas envolvidas nestes procedimentos tenham amplos conhecimentos das técnicas médicas, não têm muito claro para si que a ligação entre os sujeitos da relação se dá pela via contratual, gerando efeitos, inclusive, de responsabilidade civil.

Orlando Gomes diz, a respeito, que esta dificuldade de identificação da existência ou não de contrato é rotineira, até mesmo para os estudiosos do Direito. Segundo o autor: *“Na prática emprega-se a palavra contrato em acepções distintas, ora para designar o negócio jurídico bilateral gerador de obrigações, ora, o instrumento em que se formaliza, seja a estrutura pública, o escrito particular de estilo, simples missiva, ou um recibo. Na linguagem corrente, essa sinomínia está generalizada a tal ponto que os leigos supõem não haver contrato se o acordo de vontades não estiver reduzido a escrito. O contrato, tanto, se celebra por esse modo como oralmente. Não é forma escrita que a cria, mas o encontro de vontade, emitidas no propósito de construir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua”*.³

1 * In: Revista Brasileira de Direito de Família e das Sucessões, vol. 7; Ed. Magister; 2009; p. 23/37.

2 ** Advogado. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (São Paulo), da Faculdade Social da Bahia (FSBA) e da Faculdade Baiana de Direito (Salvador/BA). Professor dos cursos de Especialização Lato Sensu em Direito Civil do Juspodivm (Salvador), da Unifacs (Salvador), do CIESA (Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas (Manaus) e do Centro Universitário Jorge Amado.

3 Orlando Gomes. In *Contratos*, Ed. Forense, 13ª Ed., p. 9/10.

CONTRATO DE DOAÇÃO DE SÊMEN

É inexorável que o filho advindo da Inseminação Artificial por Sêmen de Terceiro tenha dois pais, um biológico, doador do material genético, e outro sociológico/afetivo, companheiro da mãe, responsável pelo consentimento dado a esta, para a utilização da técnica reprodutiva.

Como deve ser procedida a doação do sêmen? Quais as normas que devem reger tais contratos? Pode o doador ser remunerado por tal ato?

As respostas para tais indagações têm sido dadas: de um lado, moral, pelas religiões; de outro lado, jurídico, pelos países que já têm a sua legislação adequada ao desenvolvimento tecnológico alcançado, tais como boa parte dos países europeus e alguns estados federados norte-americanos, etc.

Os países europeus, por exemplo, reunidos em Assembléia do Parlamento da Europa aprovaram em 1979 a Resolução 4376, a qual estabelecia uma série de recomendações que passaram a abranger, ainda, dentre outros assuntos, os experimentos genéticos de clonagem ⁴.

De qualquer forma, inicia-se a relação jurídica contratual entre o doador de sêmen e a instituição médica no momento em que aquele se dispõe a doar seu sêmen ao centro tecnológico. Pode-se, neste particular, indagar o que leva uma pessoa, no caso um homem, a realizar tal ato, quais são as suas motivações? ⁵

A resposta para essa pergunta passa, necessariamente, ou pelo espírito altruísta de algumas pessoas, ou pela necessidade daqueles que, eventualmente, esperam por algum tipo de remuneração.

Afirma-se isso por uma razão simples, a doação do sêmen é diferente da doação de outros materiais biológicos, como por exemplo, do sangue.

As diferenças entre uma e outra doação se iniciam no fim a que se destinam. A de sangue visa à manutenção da vida de uma pessoa, já a de sêmen tem por objetivo a criação de um novo ser humano.

4 Conforme relata Maria Luiza **Gutierrez** e outros, in *Reproducción Asistida en La Comunidad Europea*, Ed. Universidad Valladolid, 1993, p. 99/100.

5 Eduardo Oliveira **Leite**, ao examinar a questão da motivação pessoal do doador de sêmen assevera que: *"Uma triagem rigorosa deve ser feita a fim de determinar as motivações pessoais do doador altruísta, evitando, indiretamente, a proliferação de bancos ou serviços privados que recrutam homens jovens e solteiros atraídos pelo interesse pecuniário. Por isso, a maioria das legislações insiste na gratuidade da doação, dando preferência aos homens casados, garantindo que a doação seja de um casal fértil a outro casal, que apresenta problemas de infertilidade"*. Op. Cit. P. 334/335.

De qualquer forma, seja qual for a motivação do doador de sêmen, mesmo entre aqueles que visam a remuneração, persisti-se na denominação da relação entre doador e centro médico, como sendo “doação”, aplicando-a como fazem os doutrinadores ao definir, genericamente, o contrato de doação ⁶.

A bem da verdade, entre os diversos autores compulsados, há uma convergência para considerar o ato de transferência do sêmen do pai biológico ao centro médico como contrato de doação.

Mesmo nas legislações européias, em que existem disposições reguladoras do assunto, podem ser citados dispositivos que vedam a remuneração dos doadores de sêmen.

Assim temos:

- Na França, Lei relativa ao respeito do corpo de 29 de julho de 1994, que preconiza, através do princípio de que o corpo humano não pode ser objeto de apropriação patrimonial, que as pessoas não podem vender ou comprar nenhuma parte ou diretamente extraí-lo do corpo humano ⁷.

- Na Suécia, Lei sobre inseminação artificial de 1984, onde está permitida a inseminação artificial heteróloga através de doação de esperma, devendo o doador receber 200 coroas, em cada ocasião, para compensar seus gastos ⁸.

- Na Espanha, Lei sobre técnicas de Reprodução Assistida, de novembro de 1988, onde está previsto, expressamente, que a doação de gametas e pré-embriões, para as finalidades da Lei, se efetivará mediante contrato gratuito, formal e secreto entre doador e entre centro autorizado, art. 5º, cap. III, da referida Lei. ⁹

Já por outro lado, existem países que permitem a remuneração do doador. Por exemplo, a **Checoslováquia**, onde os requisitos para ser doador são: bom estado de saúde, ausência de defeito genético e não ser maior de 40 anos ¹⁰.

Diante do exposto, pode-se apresentar como conclusão, que a denominação de doação existe muito mais em função do ato de transferência física do sêmen, do que propriamente pela aplicação da estrita definição de contrato de doação, conforme visto anteriormente.

6 Segundo Orlando **Gomes**: “Doação é, pois, contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir gratuitamente um bem de sua propriedade para patrimônio da outra, que se enriquece na medida em que aquela empobrece”. Op. Cit. P. 212.

7 Noelle **Lenoir**, in *Normativa Francesa, Europeia e Internacional em Matéria de Bioétic*, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 1, Dez. 1994, p. 81.

8 Informa Maria Luiza **Gutierrez** e outros, op. Cit. P. 129.

9 Idem, p. 139.

10 Idem, p. 155.

REQUISITOS DO CONTRATO DE DOAÇÃO DE SÊMEN

BOA SAÚDE FÍSICA E MENTAL DO DOADOR

São sujeitos do contrato de doação de sêmen, o doador, pai biológico, e o centro médico, donatário.

Para o doador existe razoável rol de requisitos, ou melhor, de exigências para realizar a transferência do seu material genético. Tais requisitos, ou são de origem legal, se houver regulamentação, ou são de ordem médico-sanitária.

No Brasil já é exigida pela Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, a submissão do doador a exames para averiguação de suas condições médicas, de tal sorte que a utilização deste esperma não propicie “*risco grande de saúde para pacientes ou para o possível descendente*”, item 2, da Resolução nº 1358/92 do CFM.

Apenas como ilustração, vale citar, dentre outros países, os requisitos apontados pela Suécia e pela Espanha. No primeiro exige-se: saúde física e mental; inteligência média; esperma de boa qualidade; ausência de enfermidades ou taras hereditárias; e, em alguns casos, idade inferior a 40 anos, que seja o doador casado e que tenha tido filhos são¹¹. Já no segundo, pressupõe-se serem capazes de doar o sêmen, “*todo o maior de idade até o máximo de 45 anos, com plena lucidez mental e com as condições físicas e psíquicas que determine o centro. Qualquer defeito por mínimo que seja pode ser suficiente para sua recusa. Por essa razão, se analisam e se controlam suas condições de saúde física e mental, não existindo critérios concretos em sua seleção*”¹².

Portanto, o primeiro requisito estabelecido, quanto ao doador, venha a ser o da boa saúde física e mental e a ausência de doenças transmissíveis pelo esperma, além de avaliação de caráter psicológico¹³.

LIVRE VONTADE MANIFESTADA

O segundo requisito que pode ser apontado é a vontade, expressada de forma livre pelo doador.

11 Conforme informa Maria Luiza Vega **Gutierrez e outros**, op. Cit. P. 130.

12 É a observação Maria de Jesus Moro **Almaraz**, op. Cit. P. 98.

13 Também é que indica Eduardo Oliveira **Leite**, op. Cit. P. 334..

A forma para o doador expressar sua vontade deve ser, necessariamente, a escrita. Deve, ainda, a referida declaração, explicitar, além da vontade de realizar o ato donativo, a ciência de que o material genético colhido vai ser usado na inseminação de uma mulher, enfim, na geração de uma nova vida.

Como se observa, a livre expressão da vontade é medida de capacidade, não só aquela referente à idade, mas também, aquela referente ao discernimento, daí porque assevera, com muita propriedade Maria de Jesus Moro Almaraz que: *“Por lo que a donantes se refiere és más concreto y, además de esas notas, exige capacidad y libertad para decidir y establece topes aconsejables de edades: mínimo de 18 años, máximo de 35”*¹⁴.

Ainda em referência a condição do doador, discute-se se deve ser este solteiro ou casado, ou se é indiferente ter ou não esta condição para realizar o donativo.

Alguns aspectos devem ser considerados, como por exemplo: **a)** se casado, deve o doador para realizar o ato, ter o consentimento da esposa; se afirmativa essa resposta, teriam, portanto, preferência, os homens solteiros, vez que não existiria o empecilho da outorga da esposa¹⁵; **b)** se solteiro, pode-se colocar em dúvida a fertilidade e até mesmo a seriedade do ato donativo quanto as suas motivações pessoais.

Parece que o cerne desta discussão não está no estado civil do doador propriamente. É claro que a favor do doador casado militam presunções mais favoráveis, tais como aquelas referentes às motivações, seriedade e fertilidade. Mas nada impede que as mesmas qualidades se apresentem em um homem solteiro. Assim, pensa-se que na triagem, ou mais precisamente, na avaliação psicológica a ser feita obrigatoriamente, poderiam ser afastados candidatos, solteiros ou casados, que não correspondessem às necessidades dos casais receptores. Portanto, o estado civil do doador não deveria ser requisito para a realização da doação do sêmen.

14 Maria de Jesus Moro **Almaraz**, op. Cit. P. 99.

15 Os Centros de Fertilização Franceses, Cecos, têm por política exigirem o consentimento da mulher quando o doador dor casado, é o que nos informa Maria de Jesus Moro **Almaraz**, op. Cit. P. 99, e Eduardo Oliveira **Leite**, op. Cit. P. 335. Para este último autor, inclusive: *“A idéia da doação de um casal a outro sempre foi a filosofia dominante nos Cecos, a partir da proposta de seu fundador, Georges David, e este é o princípio que nos parece dever ser sustentado na reprodução assistida, especialmente quando nos referimos à inseminação artificial.”*

GRATUIDADE DO ATO

O terceiro requisito que vem sendo apontado pela doutrina e pelas legislações já existentes refere-se à gratuidade do ato de doação.

A resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, regulando a conduta médica brasileira, expressa em sua seção IV, inciso I, o seguinte: *“A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”*.

Parece existir, neste particular, até mesmo um contra-senso, eis que óbvio o fato de que toda doação, por definição, ser gratuita. Ocorre que, conforme já havíamos mencionado quando foi tratada a doação de sêmen para fins de inseminação artificial heteróloga, o vocábulo “doação” é utilizado mais no sentido de transferência física, sem as preocupações técnico-jurídicas, inerentes aos contratos de doação.

De qualquer maneira, a questão da gratuidade da doação do sêmen é motivo de discussão em quase todos os países.

Eduardo Oliveira Leite apresenta a respeito, opinião de Georges David, fundador dos centros de inseminação humana na França, para quem: *“a doação de espermatozoides como qualquer doação de órgãos deve ser uma doação gratuita e benévola, sem possibilidade de se pagar o doador.”*¹⁶

Na França, vale dizer ainda que a Lei de 29 de julho de 1994 expressou como princípio, o do “caráter não patrimonial do corpo humano”, assim comentado por Noelle Lenoir¹⁷: *“O segundo princípio é o de que o corpo humano não pode ser objeto de apropriação patrimonial. Dito princípio limita a autodeterminação de uma pessoa. Significa que não se pode vender nem comprar nenhuma parte ou produto diretamente extraído do corpo humano, nem sequer do seu próprio. É aplicável tanto aos órgãos e tecidos, como as células, como ao sangue, gametas e embriões. Dita disposição está concebida para proteger as pessoas frente a uma possível exploração.”*

Na verdade, a maioria dos países europeus segue a determinação do Conselho da Europa, através do Projeto Normativo de 5 de março de 1979. Mais precisamente, podemos transcrever o artigo 6.1. da referida norma, onde se dispõe que: *“La donación de espermatozoides debe ser gratuita. Sin embargo, la pérdida*

16 Eduardo Oliveira Leite, op. Cit. P. 337/338.

17 Noelle Lenoir, op. Cit. P. 81.

de salário, así como los gastos de desplazamiento y otros desembolsos directamente causados por la donación del esperma, pueden ser reembolsados al dador."¹⁸

Como já dissemos em capítulo anterior, existem contudo, aqueles que não visualizam problema na remuneração dos doadores.

John A . Robertson, estudioso norte americano pensa que: *“se o ser humano é livre? Por que não pactuar uma retribuição? Proibir os pagamentos pode interferir com a possibilidade de um casal obter um embrião e desta forma infringir sua liberdade procriativa. A menos que a venda esteja conectada com um dano atingível para outras pessoas, a ofensa moral ou simbólica que algumas pessoas podem encontrar em tais transações não é base sólida para restringir a liberdade procriativa mediante a proibição da venda de embriões.”*¹⁹

Parece que agiu corretamente o Conselho Federal de Medicina brasileiro ao estipular na Resolução 1358/92 que: *“A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.”* Acredita-se que uma das razões mais fortes para não se remunerar os doadores seria a de impedir que se torne habitual o ato donativo. Deve-se, por conseguinte, procurar restringir a quantidade de doações de uma só pessoa, até mesmo para evitar a multiplicidade de descendentes, de tal sorte que a remuneração dos doadores, somada à habitualidade de doação, possa, inclusive, contribuir para a existência de possíveis casamentos consanguíneos, conforme amplamente alertado.²⁰

DO ANONIMATO DO DOADOR

Finalmente, o quarto requisito a ser apontado para a realização do contrato de doação de sêmen, vem a ser o do anonimato do doador.

Questão de extrema importância em nosso estudo é a posição do doador do material genético, o qual, em verdade, é o pai biológico da criança.

Exige-se, nos países que já regulamentaram a Inseminação Artificial com Sêmen de Terceiro, conforme já foi dito, alguns seguintes requisitos do doador:

18 Informa Luis Martinez **Calcerrada**, in *La Nueva Inseminación Artificial*, Ed. Central de Artes Gráficas S/A.

19 John A . Robertson, apud Luiz **Zarraluqui**, op. Cit. P. 176.

20 O problema dos riscos de casamentos consanguíneos, caso não sejam controladas as inseminações artificiais heterólogas, é abordado por Joaquim José de Souza **Diniz**, in *“Filiação resultante da Fecundação Artificial Humana”*, publicado na obra *Direito de Família e do Menor*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Del Rey, 3ª edição.

deve ser são, física e psiquicamente; não deve ter nenhuma enfermidade hereditária demonstrável e ter um inteligência normal. ²¹

O preenchimento destes requisitos não configura, contudo, a maior dificuldade para a obtenção de doadores. Na realidade, a exigência mais comum, feita pelos doadores é o seu anonimato.

Considera-se, inclusive, em algumas legislações, que a divulgação da identidade do doador caracterizaria violação do sigilo médico.

Ocorre, entretanto, uma outra dificuldade que se contrapõe ao direito do doador de permanecer no anonimato. Referimo-nos ao direito da criança à própria identidade, consistente, dentre outros aspectos, na sua origem genética.

Deste modo, parece-nos ser recomendável aos hospitais que adotam esta técnica de reprodução utilizarem-se de banco de dados, que possibilite a identificação, ou melhor, a individualização do doador, a fim de que se resguarde contra possíveis ações, que possam ser levadas a efeito contra si.

Joaquim José de Souza Diniz aponta outro problema, qual seja ²²: *“Suponhamos que o legislador envereda pela tese do anonimato do doador. Caso o esperma conservado sirva para fecundar artificialmente várias mulheres, não poderá haver o risco futuro de casamentos consanguíneos?”*

O autor citado nos dá o que parece ser a melhor solução, ou seja, ou se limita o número de doadores, utilizando-se o seu esperma uma ou duas vezes, de tal sorte a tornar muito improvável a hipótese de casamentos entre meio-irmãos, ou na abertura de um registro civil secreto, restrito aos casos de inseminação artificial com esperma ou óvulos de um doador terceiro, para o caso de sobrevirem razões sérias que justifiquem o conhecimento desta circunstância ²³.

A título de curiosidade sobre tal assunto, podemos citar pesquisa realizada pela Comissão sobre inseminação no Karolinska Sjukhuset de Estocolmo, que mostrou que 4 (quatro) de 12 (doze) doadores do hospital admitiam continuar atuando como tais, mesmo que não fossem anônimos ²⁴.

21 Göran Ewerlöf, op. Cit. P. 12.

22 Joaquim José de Souza Diniz, in *Filiação Resultante da Fecundação Artificial Humana*, publicado na obra *Direitos de Família e do Menor*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Del Rey, 2ª edição.

23 Op. Cit. P. 49.

24 Göran Ewerlöf, op. Cit. P. 13.

Com efeito, pensamos ser tal discussão talvez a mais interessante de nosso estudo, eis que não há uniformidade de opiniões na doutrina, e nem mesmo entre as legislações já existentes.

Há uma verdadeira confusão pertinente aos conceitos de anonimato e sigilo de identidade. Há que se dizer, ainda, que os doadores são anônimos e sigilosos tão somente para os receptores, porque os médicos responsáveis pela coleta e armazenamento não os desconhecem.

Miguel Angel Soto Lamadrid já afirmou que: *“Falar do anonimato na cessão de material genético destinado à fecundação humana, é afirmar que o nome do doador não deve ser nunca conhecido. O conceito tem efeito relativo, porque o receptor material do sêmen ou do embrião, pode-se dizer, o médico, o biólogo ou laboratorista, conhecem o cedente e possuem normalmente sua ficha clínica, como uma precaução necessária por razões eugênicas”*²⁵.

Esta relatividade do anonimato constitui, para alguns autores, um risco para a pessoa nascida desta técnica se omitida tal informação durante as fases de seu desenvolvimento.

De qualquer forma o embate entre o direito à intimidade familiar e o direito de o filho conhecer a sua origem é a mola propulsora de tal discussão²⁶.

Conforme já mencionado, há confusão na utilização dos conceitos de anonimato e sigilo, e com finalidade de elucidar tal confusão, asseverou Maria de Jesus Moro Almaraz que: *“...uma coisa é segredo sobre a identidade, e outra muito distinta é não poder revelar nem seus dados genéticos e fisiológicos ou os psicológicos. Permitindo conhecer estes dados não se transgredir o segredo médico e nem se atinge a intimidade do doador”*²⁷.

No Projeto Normativo do Conselho Europeu estabeleceu-se no artigo 5º que: *“El secreto es una cuestión capital de práctica da I.A., en interés del dador, de la pareja receptora y del niño. El médico debe tornar las medidas necesarias a fin de que se mantenga el secreto de las personas involucradas. El médico debe guardar toda la información que pudiera conducir a la información que pudiera conducir a la identificación del dados, la mujer a su marido, y entre ellos deben guardar el secreto del hecho que un nacimiento es resultado de una I.A.”*²⁸

25 Miguel Angel Soto **Lamadrid**, in *La Reproducción Asistida sin Consentimiento del Conyug*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 486.

26 Conforme explica Maria de Jesus Moro **Almaraz**, op. Cit. P. 99.

27 Idem, ibidem, p. 101.

28 Conforme indica Luiz Martinez **Calcerrada**, op. Cit. P. 147.

Parece, contudo, que as melhores assertivas sobre o assunto partiram, na Europa, de Luiz Zarraluqui, que dividiu as questões suscitadas nas seguintes definições: “*Se comprendem aquí las siguientes cuestiones: A) Secreto de la existencia de procreación asistida; B) Anonimato, respecto a la identidad del donante; C) Posibilidad de conocer las características esenciales del donante*”²⁹.

Como se vê, o autor citado identificou os conceitos e a sua adequada utilização em relação às pessoas participantes da relação, ou seja, o casal receptor do sêmen, o filho advindo e o doador do material genético.

Após este trabalho, propôs Luiz Zarraluqui a seguinte conclusão: “*1. Sólo el hijo y a partir de una cierta edad – su mayoría de edad – tiene derecho a conocer el carácter asistido de su procreación. Antes de esa edad, los padres podrán, si lo consideran conveniente, desvelar este hecho. 2. Se conservara absolutamente anónima la identidad del donante, lo cual guarda reacción con el carácter general de indeterminación de la donación. 3. Podrán desvelar-se las características del donante en el supuesto de que ello se derive algún beneficio para el hijo, a instancias de éste, de los padres legales o del médico que puede atenderlo en alguna enfermedad, incluso la identidad si el donante efectuar la donación lo hubiera aceptado expresa e fehacientemente.*”³⁰

Vale a pena citar, ainda, na doutrina estrangeira, a posição de John A. Robertson, para quem: “*Ainda que as partes acordem a confidencialidade, as necessidades do nascido da doação de gametas ou embrião, de conhecer os seus pais genéticos, pode sobrepassar o interesse das partes contratantes a respeito de tal confidencialidade.*”³¹ E ainda, a legislação sueca, onde, segundo nos informa Maria Luisa Vega Gutierrez e outros: “*Um ponto fundamental da lei considera o direito do filho nascido por IAD em conhecer a identidade do pai biológico ou doador...*”³²

No Brasil, de igual maneira, a discussão quanto ao anonimato do doador alcança respeitável vulto.

A Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, em seu inciso 2, seção IV, prevê: “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”.

29 Op. Cit. P. 171.

30 Idem, ibidem, p. 174/175.

31 Idem, ibidem, p. 171.

32 Maria Luisa Vegas Gutierrez e outros, op. Cit. P. 131. Os autores fazem referência à lei sueca de dezembro de 1984, mais precisamente aos seus artigos 4º e 5º.

Interpretando tal dispositivo, Eduardo Oliveira Leite asseverou o seguinte: *“Ou seja, o doador fica protegido face ao receptor e vice-versa, mantendo domínio sobre seu gesto, ao mesmo tempo, sua atitude fica plenamente resguardada de forma a evitar possíveis problemas além do seu gesto de solidariedade”*.³³

Eduardo Oliveira Leite é um dos autores que se filiam à corrente que entende ser o anonimato do doador fundamental para a proteção do ser nascido da inseminação artificial com sêmen de terceiro. Em defesa de sua tese, chega o citado autor a dizer que: *“O anonimato, como já se viu ao longo deste trabalho, é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribui na sua formação”*³⁴.

Como já se disse anteriormente, na discussão do anonimato do doador, o que se observa é um embate de direitos, ou seja, de um lado, o direito ao anonimato do doador, oriundo, ao que parece, tão somente do contrato de doação de seu sêmen, firmado entre ele, doador, e a instituição médica que o coletou. De outro lado, o direito de a pessoa nascida desta técnica de fecundação artificial conhecer a sua identidade genética, ou até mesmo seu pai biológico; tal direito, ao que parece, deriva do direito a identidade, estando, inclusive, estabelecido em lei.³⁵

Nessa linha de raciocínio, ou seja, considerando ambos os direitos, é que surgem as opiniões daqueles doutrinadores contrários ao anonimato do doador.

Alberto Silva Franco asseverou que: *“..em respeito à dignidade humana, a pessoa pode pretender conhecer sua identidade genética. Se ela ficou sabendo que seus pais não são seus pais genéticos, essa pessoa pode querer conhecer sua origem genética. O direito tem que assegurar essa possibilidade... . Essa é uma questão de direito natural”*.³⁶

33 Eduardo Oliveira Leite, op. Cit. P. 338.

34 Idem, ibidem, p. 339.

35 Artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível, imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição observado o segredo de justiça”.

36 Alberto Silva Franco, in *Bioética separa médico e monstro*, publicado na “Folha de S. Paulo”, 28.03.93, apud Eduardo Oliveira Leite, ob. Cit. P. 339.

Outra autora, Gláucia Savin, ao manifestar-se sobre o problema, mencionou que: *“Quanto ao filho, reserva-se-lhe, como direito inerente à sua personalidade, a possibilidade de conhecer a identidade do doador. Isto se dá, em primeiro lugar, por se tratar o direito à identidade de um direito personalíssimo, e, portanto, insuscetível de obstaculização. De outra parte, o filho deve Ter acesso aos dados biológicos do doador para a descoberta de possível impedimento matrimonial”* ³⁷.

A discussão deveria restringir-se à aplicação das soluções oferecidas pelo sistema jurídico vigente, afastando, por conseguinte, assertivas tais como: *“se o filho souber quem é o pai, doador, biológico, desestruturará a família”*; ou então, *“se os doadores não tiverem mais a garantia do anonimato, não haverá mais doações”*. Enfim, são construções meta-jurídicas, que se utilizam de acontecimentos futuros, embora até possíveis, mas que não constituem base para uma experimentação lógica, vez que seus efeitos não são certos, podendo variar de família para família, de filho para filho, de doador para doador. Portanto, dentro do sistema lógico jurídico de aplicação do direito para uma universalidade de pessoas, pensamos que são inadequadas as soluções propostas por aqueles que defendem o anonimato.

Conflitos normativos poderiam ser gerados, posto que a norma que viesse estabelecer o anonimato e, aquelas que outorgam o direito ao conhecimento pessoal da identidade seriam incompatíveis. ³⁸

Luiz Édson Fachin, ao analisar as modificações ocorridas no direito de família, mormente aquelas pertinentes à regra *“pater is est”*, asseverou com muita propriedade que: *“A busca da verdadeira paternidade exige também que seja facilitada a via de contestação da presunção **pater is est**. Facilita-se o ataque a presunção **pater is est** ampliando-se o rol de legitimados ativos, como fez a reforma francesa, concedendo tal qualidade, além do marido da mãe, ao filho, à própria mãe, e ao terceiro que se diz pai biológico. Facilita-se também a contestatória com a adoção de prazos mais elásticos de propositura, e, ainda, propicia-se a busca da verdadeira paternidade substituindo-se o sistema de “causas determinadas”, no qual somente cabe produzir determinada prova previamente indicada em lei, como fez*

37 Gláucia Savin, op. Cit. P. 239.

38 Sobre Antinomia Jurídica, ver Maria Helena Diniz, *Conflitos de normas* Ed. Saraiva, São Paulo, 1987. Define a autora: “Autonomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas devesse ser aplicada ao caso singular”. Op. Cit. P. 23.

*o Código Civil Brasileiro, pelo princípio da liberdade de prova, como procederam as reformas portuguesa, francesa e belga. Em suma, a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ser declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional, em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na própria Constituição Federal”.*³⁹

Parece, ante o exposto, que qualquer que seja a solução dada pelo legislador (ter ou não ter o anonimato do doador), a pessoa nascida da inseminação artificial com sêmen de terceiro poderá sempre, desde que saiba dessa sua condição, ter acesso às informações de sua concepção, incluindo-se aí a identificação do doador do material genético.

REFERÊNCIAS

ABRING, H. D. C. Roscam – **La información genética y los derechos de terceros**, Universidade de Deusto, Bilbao, nº 2, Junio 1995.

ALMARAZ, Maria Jesus Moro, **Aspectos Civiles de La Inseminación Artificial Y La Fecundación ‘in vitro’**, Espanha, Libreria Bosch, 1988.

BARBOZA, Heloísa Helena – **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização ‘In Vitro’**, Rio, Renovar, 1993.

BERLINGUER, Giovanni, **O direito à vida e à ética da Saúde**, artigo publicado na “Lua Nova”, revista de Cultura e Política, nº 30, 1993.

CALLIOLI, Eugênio Carlos – **Aspectos da Fecundação Artificial ‘In Vitro’**: Revista de Direito Civil nº 44.

CALCERRADA, Luiz Martinez – **La nueva Inseminación Artificial**, Editora Central Artes Gráficas.

CAMARGO SAMPAIO, José Celso de – **A inseminação Artificial no Direito de Família**, RT nº 670, p. 14-18.

CAMOUKIAN, Ann – **La confidencialidad en La genética: La necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”**. In Revista de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Bilbao, nº 2, Junio 1995.

CHAVES, Antônio – **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**, São Paulo, Ed. RT, 1986.

39 Luiz Edson **Fachin**. In *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 167.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine & FERREIRA MUNIZ, Francisco José - **Direito de Família, Direito Matrimonial**, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

DE PAGE, Henri - **Traité Elementaire de Droit Civil Belge**, 2^{eme} édition, Tome Premier, Émile Bruylant, Bruxelles, 1948.

DINIZ, Joaquim José de Souza - **Filiação Resultante da Fecundação Artificial Humana**, publicado In “Direito de Família e do Menor”, Coord. Sálvio de Feigueiredo Teixeira, 2^a edição, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1992.

DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil**, vol. 5, 6^a edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1992.

..... - **A Ectogênese e seus Problemas Jurídicos**, In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP nº 2.

..... - **Conflito de normas**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1987.

EWERLÖF, Göran - **A inseminação Artificial – Debates e Legislação**, tradução de Walter Cruz Swenson, In Revista de Direito Civil, nº 41.

FACCHIN, Luiz Edson - **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**; Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

FERRAZ, Sérgio - **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais. Uma Introdução**; Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

GOMES RODRIGUES, Alvaro da Cunha - **Aspectos da Filiação nos Ordenamentos Jurídicos Português e Brasileiro**, publicado na obra Direito de Família e do Menor, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Del Rey, 3^a edição.

GOMES, Orlando - **Contratos**, Ed. Forense, 13^a edição.

GUTIERREZ, Maria Luiza Vega e Outros - **Reproducción Asistida en La Comunidad Europea**, Ed. Universidad Valladolid, 1993.

LAMADRID, Miguel Angel Soto - **Biogenética, filiación y Delito**, Buenos Aires, Ed. Astra, 1990.

LEITE, Eduardo Oliveira - **Procriações Artificiais e o Direito**, São Paulo, Ed. RT, 1995.

LENOIR, Noelle - in **Normativa Francesa, Europeia a Internacional em Matéria de Bioética**, artigo publicado na Revista de Derecho Y Genoma Humano, nº 1, Dez. 1994.

MOURA, Mário Aguiar - **Tratado Prático da Filiação**, Aide Editora.

NETO DE CARVALHO, Francisco - **Direito, Biologia e Sociedades em Rápida Transformação**, Almedina, Coimbra, 1992.

OLIVEIRA, Guilherme de - **Estabelecimento da Filiação, mudança recente e perspectivas**, publicado na obra “Temas de Direito de Família”, Livraria Almedina – Coimbra, 1986.

PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva - **Responsabilidade Civil do médico na inseminação artificial**, publicado na obra “Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar”, Coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991.

PEREIRA, Sérgio Gischkow - **Tendências modernas do Direito de Família**, publicado na Revista dos Tribunais nº 628.

SAVIN, Gláucia - **Crítica aos Conceitos de Maternidade e Paternidade diante das Novas Técnicas de Reprodução Artificial**, publicado na Revista dos Tribunais nº 659, Editora RT, São Paulo, 1990.

SILVA FRANCO, Alberto - **Bioética serpara médico e monstro**, artigo publicado na “Folha de S. Paulo”, em 28.03.93.

SOLA, Carlos de - **Privacidad y datos genéticos**, artigo publicado na Revista de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Bilbao, nº 2, Junio 1995.

TEPEDINO, Gustavo - **A disciplina Jurídica da Filiação**, publicado na obra “Direitos de Família e do Menor”, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Del Rey, 3ª edição.

TRABUCCHI, Alberto - **Instituzioni di Diritto Civile**, 7ª edizione, Padova, Cedam, 1953.

VERCELLONE, Paolo - **As Novas Famílias**, publicado na obra “Direito de Família e do Menor”, do Prof. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª edição, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1992.

VARGAS, Maricruz Gomez de La Torre - **La Fecundación in Vitro Y La Filiación**, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edição, 1993.

VILLELA, João Baptista - **Desbiologização da Paternidade**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº 21, 1979.

YAGÜE, Francisco Iledó - **Fecundación Artificial y Derecho**, Ed. Tecnos, 1988.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim - **Um novo conceito de Família, Reflexos Doutrinários e Análise de Jurisprudência**, publicado na obra “Direitos de Família e do Menor”, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Del Rey, 3ª edição.

ZARRALUQUI, Luis - **Procreación Asistida Y Derechos Fundamentales**, Editorial Tecnos S. A ., Madrid, 1988.