CAMPANHA NACIONAL DE ESCOLAS DA COMUNIDADE
FACULDADE CNEC GRAVATAÍ
Recredenciada pela Portaria Ministerial nº 849, de 11/09/2013 D.O.U. de 12/09/2013
Faculdade CNEC Gravataí

ANTONIO MARCOS VIANA CORRÊA

O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

Versus

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Gravataí/RS

2015

CAMPANHA NACIONAL DE ESCOLAS DA COMUNIDADE
FACULDADE CNEC GRAVATAÍ
Recredenciada pela Portaria Ministerial nº 849, de 11/09/2013 D.O.U. de 12/09/2013
Faculdade CNEC Gravataí

ANTONIO MARCOS VIANA CORRÊA

O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO

Versus

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Trabalho de conclusão do Curso de Direito apresentado como requisito para aprovação na disciplina de Monografia II – Pesquisa na Faculdade CNEC Gravataí.

Orientador: Prof. Altemar P. Constante Jr.

Gravataí/RS

2015

CAMPANHA NACIONAL DE ESCOLAS DA COMUNIDADE
FACULDADE CNEC GRAVATAÍ
Recredenciada pela Portaria Ministerial nº 849, de 11/09/2013 D.O.U. de 12/09/2013
Faculdade CNEC Gravataí

ANTONIO MARCOS VIANA CORRÊA

Trabalho de Conclusão de Curso, com o título: "**O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO *Versus* O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA"**, submetido ao corpo docente da Faculdade CNEC Gravataí, como requisito necessário para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

_____
Prof. Altemar P. Constante Jr.

_____
Professor

_____
Professor

Conceito: _____

Gravataí/RS

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa Eliane Mendes, pessoa com quem escolhi partilhar a vida, obrigada pela paciência, pelo incentivo, força, carinho e principalmente por acreditar em nós durante toda a caminhada.

Valeu a pena todo sofrimento, todas as renúncias.... Valeu a pena esperar....

Hoje estamos colhendo, juntos, os frutos do nosso empenho! Esta vitória é muito mais sua do que minha!!!

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo por este Trabalho primeiramente a Deus, que se mostrou criador, que foi criativo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades, por ter me dado forças em todos os momentos, mas principalmente no momento em que decidi iniciar essa caminhada, em momentos que as condições não eram favoráveis e me restavam somente os sonhos. Igualmente agradeço a saúde que este nunca me deixou faltar, me possibilitando chegar à etapa final dessa jornada.

À minha família que sempre esteve ao meu lado, apesar das dificuldades, acreditando nos meus ideais, cada qual a sua maneira, contudo, saliento o agradecimento a minha mãe, inspiração de mulher, guerreira entre tantas que nunca desistiu de ver o lado bom da vida mesmo diante da maior dificuldade, me apoiando e me ensinando o caminho correto para seguir e aos meus filhos, Bruna, Pedro, Henrique e Renata, que sentiram o reflexo de minha ausência, impaciência. estando presente e paciente em todos os momentos, sobretudo nos mais difíceis.

Ao meu orientador Professor Altemar Constante Jr, por ter aceitado o desafio me orientando neste trabalho, me incentivando e acreditando em meus ideais para que fosse possível a conclusão desta monografia.

Por fim, aos meus amigos e colegas, em especial à amiga Paula Franciele da Silva, que sempre esteve junto, tanto nos momentos bons, quanto nas dificuldades diárias do curso, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas ao longo da vida acadêmica, que por diversas vezes me compreenderam, incentivaram e me oportunizaram a troca de grandes experiências. O meu muito obrigado!

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las”. (Voltaire)

RESUMO

A presente monografia visa o objetivo de analisar as várias transformações que a forma de concepção da família brasileira vem sofrendo ao longo dos tempos, bem como a evolução da genética tornando cada vez maior a quantidade de crianças geradas a partir das técnicas de reprodução assistida. Apesar da crescente evolução no ramo da engenharia genética, observa-se que a legislação brasileira não acompanhou o seu crescimento na mesma velocidade e permanece omissa no que se refere a reprodução assistida. O tema traz como objeto a inseminação artificial heteróloga, mais precisamente no que diz respeito a identidade do doador de material genético confrontado com o direito que a criança tem de saber sua identidade biológica, observando-se princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Anonimato. Dignidade da pessoa humana. Doador. Identidade biológica. Inseminação artificial heteróloga.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8
1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 10
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA 10
1.2 MÉTODOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 15
1.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL 16
1.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA 18
1.5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA 18
1.6 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* 19
1.7 REGRAS ÉTICAS DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PARA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA 20
2 O ESTADO DE FILIAÇÃO E SEUS DIREITOS 27
2.1 DIREITO À FILIAÇÃO: ISONOMIA 28
2.2 IDENTIDADE BIOLÓGICA: DIREITO 33
2.3 DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR: COLISÃO 34
2.4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 39
3 TÉCNICA DE SOPESAMENTO, PONDERAÇÃO DE VALORES E RACIONALIDADE 43
3.1 PONDERAÇÃO DE VALORES 43
3.2 TÉCNICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS 44
3.3 TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE VALORES 46
CONSIDERAÇÕES FINAIS 51
REFERÊNCIAS 53

INTRODUÇÃO

Com o avanço da medicina, principalmente no que diz respeito as técnicas de reprodução assistida, o sonho de ter um filho se torna possível também para pessoas inférteis ou com companheiros inférteis, essa conquista passa a ser possível através da inseminação artificial que pode ser homologa ou heteróloga.

Na inseminação artificial heteróloga, a qual se atem o presente trabalho, discute-se sobre o direito que tem o doador de material genético de ter sua identidade preservada, uma vez que efetua tal doação com finalidade beneficente, de ajudar pessoas que não podem ter filhos pelos métodos tradicionais, sem qualquer forma de vínculo com a criança gerada.

Por outro lado, também sabemos que existe o direito da criança de ter conhecimento a sua identidade genética, que pode ser por necessidade, em função de uma doença genética ou por simples curiosidade, já que hoje com o avanço da internet e das redes sociais esse tema tornou-se alvo de grandes discussões e também muito presente na mídia. Criando-se assim, um conflito de direitos e princípios que devem ser cuidadosamente ponderados.

O presente trabalho tem o objetivo de explorar o tema proposto, com base no estudo por método dedutivo, iniciando a abordagem sobre o tema de forma ampla, tratando o assunto de forma geral utilizando o método bibliográfico e matérias correspondentes ao tema, bem como revistas jurídicas, artigos eletrônicos e conteúdos publicados em sites. E vai tratar justamente deste conflito de princípios.

Desta maneira o trabalho será divido em três capítulos. O primeiro capítulo vai trazer uma breve evolução histórica das técnicas de reprodução assistida bem como a evolução das famílias, os diferentes tipos de reprodução humana assistida. Será abordado neste capitulo as distinções entre reprodução humana assistida homóloga e reprodução humana assistida heteróloga, onde podemos de forma breve dizer que a reprodução humana assistida homóloga utiliza material genético do próprio casal, enquanto a reprodução humana assistida heteróloga utiliza material genético de um terceiro doador anônimo e estranho ao casal. Também serão analisadas as regulamentações éticas do Conselho Federal de Medicina, bem como as formas de famílias admitidas pelo atual código civil em vigor desde 2002.

O segundo capítulo vai falar sobre os aspectos jurídicos da reprodução assistida heteróloga, o estado de filiação e seus direitos, o direito a filiação, a

identidade biológica e a colisão destes direitos, analisando o princípio do melhor interesse da criança bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. Será abordada a importância do anonimato do doador de material genético bem como sua irresponsabilidade no que tange a afetividade e a assistência à criança gerada através desta técnica. Também versaremos sobre o direito a identidade biológica através do direito de personalidade, direito esse inerente a todo o ser humano. Tais conflitos são gerados pela falta de legislação específica que aborde a reprodução humana assistida heteróloga, onde em geral os conflitos tornam-se de difícil resolução, necessitando de uma minuciosa ponderação e uma análise extremante detalhada do caso concreto.

Por fim o terceiro capítulo versa sobre a técnica do sopesamento, ponderação de valores e solução de conflitos utilizadas pelo judiciário brasileiro.

O fundamento a ser aplicado no momento da concorrência entre normas e princípios é específico, haja vista o valor das normas a serem tratadas. O tipo de procedimento aplicado no momento em que ocorre uma colisão entre princípios é demonstrada distinguindo-a das regras e ratificando a todo o momento a importância com que é tratada a aplicação da estrutura, com base no ordenamento jurídico brasileiro.

Para entendermos como se dá essa resolução de conflito entre princípios via ponderação, o presente trabalho trará o conceito de princípios sob a visão constitucional, a diferenciação entre princípios e regras e os critérios utilizados para tal comparação, analisaremos o princípio da proporcionalidade e o método de ponderação.

Brevemente, será esta a temática da pesquisa que se apresenta, procurando avaliar e ponderar questões referentes a reprodução assistida heteróloga.

1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A reprodução assistida surgiu como forma de solução ao problema de inúmeras pessoas estéreis, que sonhavam em ter filhos. A esterilidade era motivo de desgraça familiar. “A impossibilidade de procriar poderia dar causa a anulação do casamento de tão grave que era considerada um defeito inaceitável”.[1]

Por longo tempo a esterilidade foi também atribuída exclusivamente às mulheres, já que nem se cogitava a hipótese do homem poder ser estéril, as mulheres que não eram capazes de engravidar eram repudiadas e a condição de não gerar filhos era tida como castigo. Esta situação perdurou por muito tempo. Somente no século XVI, graças à invenção do microscópio por Leenwenhoek, começaram os estudos acerca da esterilidade. “Somente em 1677 foi admitida a possibilidade de esterilidade masculina, quando Johann Ham afirmou que a esterilidade também podia ocorrer pela ausência ou escassez de espermatozoide”.[2] “A noção de esterilidade conjugal, portanto, somente surgiu no século XVII”.[3]

A história da reprodução humana assistida vem se construindo ao longo dos anos, o conceito da vida humana sempre esteve presente na ciência médica, biológica, filosófica e religiosa, nesse contexto apresentando características e peculiaridades fundamentais para o conceito de pessoa. “Existem relatos de que no século 5 a.C., os povos Gregos, já contribuíam para as pesquisas embriológicas”.[4]

A primeira inseminação artificial de que se tem registro, foi realizada pelos Árabes, no século XIV, mais precisamente no ano de 1332, em animais da raça equina. “Em 1779, foi registrada a primeira inseminação artificial pelo conhecimento

---

1 FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009. p.39.

2 MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. ano 2003, 6.tiragem. Curitiba: Juruá, 2008. p.22.

3 LEITE. Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.18.

4 MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

científico, quando um italiano chamado Lazzaro Spallanzani realizou a primeira inseminação artificial em uma cadela, a qual pariu três crias oriundas dessa ténica".[5]

Já a inseminação em humanos, os dados históricos indicam que só ocorreu 11 anos mais tarde.

"As investigações sobre inseminação artificial na espécie humana tiveram início em torno do ano de 1790, baseadas nas formas utilizadas para a reprodução bovina, porém essa utilização não foi precisa, gerando baixo índice de sucesso".[6]

Mas foi a partir de 1883 que as pesquisas nesta área se desenvolveram e ai pode-se ver os avanços, conforme fala Maria Helena Machado.

> Foi a partir da descoberta de Dogues, em 1883, de que os ovários têm participação no processo de fecundação, os pesquisadores concluíram que a fertilização se constitui através da união do núcleo de um espermatozóide com o núcleo de um óvulo. A partir de então, com os avanços da ciência, as indagações e pesquisas passaram a se difundir, ocupando um lugar de extrema importância quando se fala em esterilidade.[7]

Com essas descobertas viu-se a solução para casais inférteis, que desejavam ter filhos, Ana Claudia Ferraz diz que:

> Para solucionar a impossibilidade de procriar, vários estudos foram realizados. No século XX, aconteceram grandes descobertas no campo da biologia. A partir da descoberta das leis de Mendel e dos estudos de Morgan despertou-se o interesse pelas pesquisas biológicas, cujo marco, no que diz respeito a engenharia biológica foi o trabalho apresentado por James Dewry e Francis Harry Compton Crick, descobridores da estrutura do DNA. Da engenharia biológica, conjunto de técnicas para leitura e manipulação do código genético, foi possível evoluir para a reprodução assistida, conjunto de técnicas para superar a esterilidade.[8]

---

5 SILVA. Fernanda Avellaneda. **Aspectos Éticos, Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida.** São Paulo, 2004. Disponível em: <http://intertemas. unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/247>. Acesso em: 02 out. 2015.

6 MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida.** Um pouco de História. Revista da SBPH. Rio de Janeiro, 2009. OTERO. Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano. Coimbra: Almedina, 1999.

7 MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

8 FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009. p.42.

Várias pesquisas e inúmeras técnicas foram sendo aperfeiçoadas ao longo dos anos até que em 1978, nasceu o primeiro bebe gerado através de inseminação.

> Os primeiros sucessos de fertilização in vitro ocorreram aproximadamente em 1959, realizados pelo cientista Chang, através de técnicas aplicadas em coelhas. O auge da reprodução humana assistida, se deu em 25 de julho de 1978, quando nasceu na Inglaterra, na cidade de Oldham, o primeiro bebê gerado através da técnica de fertilização in vitro. Louise Joy Brown, concebida pelos gametas de seus pais, através do trabalho dos pesquisadores Patrick Steptoe e Robert Edwards. No mesmo ano nascia na Índia através do Dr. Saroj Kanti Bhattacharya, o segundo "bebê de proveta".[9]

A partir da década de 80, deixou de se constituir fato raro o nascimento de crianças através da inseminação artificial, no dia 07 de outubro de 1984, nascia em São Paulo o primeiro bebê através da técnica de inseminação realizada pelo médico ginecologista Milton Nakamura, pioneiro em fertilização *in vitro* no Brasil.

No ano de 2014 o primeiro bebe gerado através de inseminação artificial completou 30 anos "Anna Paula Caldeira foi o primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina. A técnica, criada em 1978, também é chamada de fertilização *in vitro.* O óvulo da mulher é fecundado pelo espermatozoide do homem em laboratório. Depois, o embrião é implantado no útero".[10]

Desde então as técnicas foram se desenvolvendo e modificando, mas sempre em busca de tornar realidade o desejo de ter um filho.

"Em 1980 foi criado na Austrália o primeiro banco de embriões congelados, e, em 1984, no mesmo país, nasceu Baby Zoe, o primeiro ser humano concebido a partir do uso de um embrião criopreservado".[11]

As modernas técnicas de inseminação e fertilização, através dos avanços tecnológicos permitiram que os sonhos míticos de muitas famílias se tornassem realidade através dos tempos, desde o seu início até os dias de hoje encontramos importantes descobertas no Brasil e no mundo:

---

9 SILVA. Fernanda Avellaneda. **Aspectos Éticos, Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida.** São Paulo, 2004. Disponível em: <http://intertemas. unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/247>. Acesso em: 02 out. 2015.

10 MAZZA, Malu. **Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos.** 07/10/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>. Acesso em: 11 out. 2015.

11 MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

Dados Históricos:[12]

- 25 de Julho – 1978, Nasce, em Manchester, Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo.
- 1984 - Nasce o primeiro bebê de proveta no Brasil. 1º nascimento utilizando óvulos doados.
- 1984 - Nasce, na Austrália, o 1º bebê após descongelamento de embrião.
- 1985 - 1º nascimento após útero de substituição.
- 1987 - 1º nascimento após a utilização de óvulo congelado.
- 1989 - Nasce o 1º bebê de proveta de Minas Gerais, pela equipe chefiada pelo Dr. Ricardo Marinho e do Dr. Henrique Salvador.
- 1993 - 1ª gravidez após Injeção Intra-Citoplasmática de Espermatozóides (ICSI).
- 1997 - Nasce o 1º clone animal, a ovelha Dolly.
- 2003 - Nasce o 1º bebê através de útero de substituição em Minas Gerais, realizada pela equipe da Pró-Criar, chefiada pelo Dr. João Pedro Junqueira.
- 2004 - 1º embrião obtido de tecido ovariano criopreservado.
- 2004/Maio - Avó dá a luz através de útero de substituição em Minas Gerais, realizada pela equipe da Pró-Criar, chefiada pelo Dr. João Pedro Junqueira.
- 2005/Março - O governo brasileiro, através da aprovação da Lei de Biossegurança, autoriza a pesquisa com células tronco embrionárias humanas.
- 2008/Maio - 1º nascimento (gêmeos) com óvulos congelados em Minas Gerais, realizada pela equipe da Pró-Criar, chefiada pelo Dr. João Pedro Junqueira.

A reprodução humana assistida nos dias de hoje perante a sociedade assume papel de relevante importância, em que pese o fato de o direito de procriar ser inerente a todos os seres humanos, porém, esse direito encontra barreiras, devido à falta de legislação específica que regulamente o tema em questão.

A esterilidade e a infertilidade desde o início dos séculos sempre foram consideradas um fator negativo na vida das pessoas, desde os mais remotos tempos é motivo de degradação nos grupos sociais e familiares, que jamais cogitaram a

---

[12] PRÓ-CRIAR. Medicina Reprodutiva. **História da Reprodução Assistida.** Textos Médicos. 10/02/2014. Disponível em: <http://www.procriar.com.br/historia-da-reproducao-assistida>. Acesso em: 11 out. 2015.

possibilidade, que algum dia, alguém poderia nascer por outro meio se não o da reprodução natural. Graças aos avanços da medicina a possibilidade de gerar um filho aos casais estéreis tornou-se possível. Os termos esterilidade e infertilidade são usados sem distinção, para indicar a incapacidade de reprodução, embora não seja o termo correto, por serem termos com significados diversos.

Segundo Maria Helena Machado "A esterilidade, na maioria das vezes, significa a incapacidade definitiva de engravidar, se caracterizando pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível". [13]

O Centro de Medicina Reprodutiva de Belo Horizonte (Pró-Criar), em contrapartida, define a infertilidade como a dificuldade em se alcançar a gravidez. Alguns consideram-na como a incapacidade de se levar a gravidez até próximo ao termino, ou seja, ao tempo viável para o nascimento e sobrevida do recém-nascido.

Independente de infertilidade ou esterilidade o que se busca é resolver este problema com técnicas artificias, para tornar realidade o sonho de muitos casais, conforme Maria Helena Machado.

> A impossibilidade de procriar não atinge somente psicologicamente o indivíduo, como atinge diretamente o casal. Na mulher, priva-a insubstituível sensação do estado de mãe. Enquanto no homem, o atinge no que ele tem de mais profundo, causando-lhe graves desordens psicológicas e emocionais.[14]

A forma de reprodução humana assistida é a intervenção do homem na forma natural de reprodução humana, independente da forma empregada, o aspecto que deve ser considerado são as consequências geradas conflitantes com as relações jurídicas. Desde o início dos tempos, a infertilidade sempre foi considerada motivo de degradação entre os grupos sociais e familiares, pois jamais cogitavam a possibilidade de outro meio de reprodução senão a de forma natural. Com o passar dos tempos a medicina através de seus avanços conquistou essa possibilidade. A infertilidade e a esterilidade indicam a incapacidade do ser humano de procriar, devidos a fatores físicos ou até psicológicos. Nesse contexto surgiu a reprodução assistida como forma legítima para resolver tais problemas.

---

[13] MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

[14] *Idem.*

> A reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade.[15]

Isto posto, a reprodução assistida, em uma perspectiva simples e de fácil compreensão, nada mais é do que o processo segundo o qual são utilizadas diferentes técnicas de reprodução humana. Refere-se à interferência do homem no método natural de procriação humana, independentemente da forma empregada. Dessa maneira qualquer que seja o conceito atribuído à reprodução humana, o fato que deve ser considerado são os efeitos dessas técnicas às relações jurídicas.

1.2 MÉTODOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A pretensão der filhos é inerente ao ser humano desde os primórdios. Entretanto, em razão de problemas de diversas origens, o anseio de ter um filho nem sempre pode ser concretizado de forma natural e foi devido à inclusão dos direitos reprodutivos no rol de direitos fundamentais que o tratamento para os casos de infertilidade passou a ser função também do Estado.

Conforme diz a nossa Constituição brasileira:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.[16]

Passou a ser um direito regulamentado por lei, como destaca José Afonso da Silva:

> A reprodução assistida justifica-se pelo planejamento familiar, assegurado constitucionalmente a todo cidadão e regulamentado pela lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Esse direito tem como fundamento a paternidade responsável, paternidade consciente, e a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que o estado só

---

[15] ALDROVANDI, Andréa e FRANÇA, Daniele Galvão de. **Reprodução humana assistida e as relações de parentesco.** Revista Prática Juridica, ano I, n.7, 31 out. 2002.

[16] BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

> compete, como dever, propiciar os recursos educacionais e científicos para o seu exercício.[17]

Assim, a Resolução de nº 2.121/15 do CFM, Conselho Federal de Medicina, norteia normas que tratam expressamente da reprodução humana assistida, em seu artigo 1º, item 1 dos princípios gerais, onde observa-se o conteúdo da norma, que apenas serão utilizadas as técnicas de reprodução assistida quando ocorrer o insucesso das técnicas naturais.

A resolução do Conselho Federal de Medicina neste sentido diz que:

> As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.[18]

Todavia, essa Resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina) apenas norteia procedimentos éticos a serem observados pela medicina, sendo substancial à existência de requisitos que estabeleçam os casos em que se deve utilizar as técnicas de reprodução artificial, e também quais as pessoas que poderão adotar desses métodos. É importante salientar que a Inseminação Artificial e a Fertilização *in vitro* são os métodos mais comuns disponíveis para casais inférteis, devido ao grande desenvolvimento da ciência.

1.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Basicamente podemos dizer que inseminação artificial é um procedimento muito simples:

> A inseminação artificial é a obtenção da fecundação, que é sempre natural, por processos mecânicos e com utilização de recursos médicos, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem que ocorra o ato sexual.[19]

---

[17] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.848.

[18] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução de nº 2.121/15. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: Acesso em: 11 out. 2015.

[19] BARBOSA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*.** Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.45.

Como nos diz Regina Fiuzza:

> A técnica da Inseminação Assistida é relativamente simples e consiste na introdução do esperma na vagina, por meio de uma cânula. É a técnica mais antiga, que teve um longo processo de desenvolvimento e não causou grandes polêmicas desde que foi desenvolvida.[20]

São várias as nomenclaturas para a inseminação, assim relata Maria Helena Machado:

> A inseminação artificial também denominada “concepção artificial”, ”fertilização artificial”, além de outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozóide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual.[21]

Desta maneira, evidencia-se claramente a denominação de inseminação artificial ou fecundação in vitro, consistindo em introduzir o esperma no interior do canal genital feminino, diretamente no corpo da mulher, através de procedimentos mecânicos, sem que tenha havido aproximação sexual do casal, com o fim de originar um ser humano.

Acerca do emprego dessa técnica, surgem questões no âmbito jurídico, com relação ao questionamento quanto a origem do sêmen utilizado no procedimento, uma vez que existe e necessidade de consentimento de ambos os envolvidos.

Essa técnica pode ser conduzida por duas formas, sendo elas a forma homóloga e a heteróloga. A forma homóloga não traz grandes controvérsias, eis que o material genético utilizado pertence ao cônjuge ou companheiro da receptora. A forma heteróloga é aquela em que o material genético utilizado pertence a um terceiro doador, assim, gerando controvérsia jurídica.

Assim se diferenciam as técnicas:

> [...] se a introdução do sêmen é feita na futura mãe pode-se distinguir a inseminação em: homóloga ou heteróloga. A inseminação é

---

[20] SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Savero. **O direito *in vitro:*** da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[21] MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

> homóloga se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador ocorre a inseminação heteróloga.[22]

1.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Essa técnica somente poderá ocorrer entre o casal, quando a mulher por qualquer razão, não consegue conceber pelo processo natural, embora apta à gestação, recorre, portanto, ao sêmen do cônjuge ou companheiro, fresco ou criogenizado, procedendo assim à inseminação, recolocando o pré-embrião no útero da mulher, já fecundado.

É considerada inseminação artificial homóloga aquela em que a fecundação acontece pelo sêmen do cônjuge ou companheiro da respectiva mulher que o receberá. Não gerando assim, em tese, grandes divergências jurídicas, já que os pais que assumirão a criança são os mesmos que doaram o material genético, além de não modificar a hereditariedade biológica da criança.

1.5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

A inseminação artificial heteróloga, diz-se, quando o espermatozoide ou óvulo utilizado provém de doador estranho ao casal, ou seja, um terceiro doador que não o cônjuge ou companheiro. Nesse caso, chamado doação de gametas.

A prática da doação de gametas é atividade lícita e válida desde que não tenha um fim lucrativo ou comercial.[23]

Essa técnica é utilizada por vários motivos de esterilidade masculina, tais como: por ausência completa de espermatozoides (azoospermia), por obstruções nas vias excretoras dos testículos (azoospermia excretora), por hipofertilidade, por motivos de anomalias morfológicas, por motivações genéticas, bem como por portar o vírus HIV.

Maria Helena Machado diz que,

> O cônjuge ou companheiro que não produzir espermatozoides ou produzi-los em número inferior ao necessário para que ocorra a

---

[22] MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

[23] Base no Artigo 199, §4° da Constituição (1988), e Resolução CFM nº 1.957/10 , item IV.

> fertilização, poderá resolver o seu problema de infertilidade, utilizando-se de espermatozoides de doadores, através dos bancos de sêmen. Neste caso, tem-se uma inseminação artificial heteróloga.[24]

A inseminação artificial heteróloga, no que tange o universo jurídico, gera sérios problemas, por gerar dúvidas ainda não abordadas pela legislação brasileira, como a possibilidade de a pessoa concebida mediante aplicação dessa forma de inseminação vir a buscar sua origem genética, dessa forma invalidando, alguns princípios da Medicina, a exemplo do anonimato do doador de gametas.

1.6 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

A fertilização *in vitro*, é uma das técnicas de reprodução assistida que consiste na coleta dos gametas para que a fecundação seja feita em laboratório onde o óvulo e os espermatozoides são fecundados fora do corpo da mulher, sendo posteriormente colocado no útero da mesma o embrião fecundado para que ali se desenvolva.

Conforma diz na resolução n°2.121/15 do CFM:

> O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.[25]

Faz-se necessário a distinção entre as técnicas de inseminação artificiais, a fertilização *in vitro* homóloga consiste em fecundar o óvulo da mulher com o próprio sêmen do marido ou companheiro, porém diferentemente da inseminação artificial, a mesma ocorrerá em laboratório, fora do corpo da mulher que será inseminada. Esse método de fertilização não traz maiores problemas ao ordenamento jurídico, visto que a paternidade biológica será a mesma que a legal. Diferentemente do que

---

[24] MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

[25] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_ 2015.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015. I - Princípios Gerais, item 7.

sucede na fertilização *in vitro* heteróloga, o material utilizado para a fecundação é de um terceiro doador de gametas, estranho àqueles que serão pais sócio afetivos da criança gerada. Essa fecundação gera sérios problemas éticos e jurídicos, do mesmo modo que a espécie heteróloga de inseminação artificial.

1.7 REGRAS ÉTICAS DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA PARA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Conselho Federal de Medicina, considerou vários aspectos na busca por soluções no que tange a infertilidade humana, e atualmente devido ao avanço da tecnologia e a engenharia biológica, os problemas de infertilidade puderam ser solucionados através das técnicas de reprodução assistidas.

Objetivando padronizar as formas de utilização das técnicas de reprodução, o Conselho Federal de Medicina disponibilizou a Resolução nº 1.358/92 a alterada pela Resolução nº 2.121/2015, a fim de que regulasse as normas relativas à ética médica.

> Atualmente, a única norma que trata do tema de maneira específica é a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, disciplinando mais especificamente a conduta dos médicos, que baseada na Lei 3,268 de 1957 e no Dec. 44.045, de 1958, introduz as Normas Éticas para utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Destaca-se que na Resolução 33/06, da Anvisa, traz normas relativas às clinicas de reprodução, no que concerne apenas às condições de funcionamento.[26]

Mas a resolução trata-se somente de uma norma não tem poder de lei, sendo que quem descumprir responde apenas de forma administrativa, conforme dito por Ana Claudia Ferraz:

> O médico que por ventura transgredir a norma, por tratar-se de normas de conduta ética, receberá uma punição administrativa, pelo órgão da classe, no entanto, tendo em vista a faltar de qualquer previsão de punição penal, não será possível punir penalmente este profissional.[27]

---

[26] FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009. p.58.

[27] *Idem, ibidem.*

Outro ponto que a norma destaca é que a reprodução assistida deve ser utilizada apenas por casais com problemas de infertilidade.

O objetivo das técnicas de reprodução assistida é exclusivamente de auxiliar casais com problemas de infertilidade, devendo ser usada quando não restar outra possibilidade de tratamento, conforme determina a Resolução: “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.[28]

A Resolução orienta quanto ao uso das técnicas de reprodução assistida relativas à sua utilização com relação aos riscos e a chance real de seu emprego. “As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”.[29]

É de suma importância o conhecimento e segurança de suas decisões tanto dos pacientes como dos doadores sobre o procedimento, assim como as implicações biológicas, ético, jurídico e econômico deste método, todas as partes envolvidas devem estar totalmente esclarecidas e agindo por espontânea vontade.

> O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.[30]

É vedado o emprego das técnicas com o objetivo de escolher o sexo da criança ou qualquer característica biológica, a única exceção a esta regra é quanto à possibilidade de impedir doenças relacionadas ao sexo da criança que venha a nascer. Se não for por este motivo inexiste a possibilidade de escolha de sexo ou outra característica. “As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de

---

[28] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015. pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015. I - Princípios Gerais, item 1.

[29] *Idem,* item 3.

[30] *Idem,* item 4.

selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer".[31]

Com relação aos Oócitos humanos e também a saúde da receptora, existiu a preocupação por parte da Resolução, estabelecendo: "É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana"..[32]

Ficou também estabelecido o número de Oócitos a ser transferida para a receptora, com intuito de evitar maiores riscos a gestação:

> O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.[33]

Nos casos de reprodução assistida a gestação múltipla é muito comum, neste caso a resolução estabeleceu: "Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária".[34]

Mantem-se atenção também às pessoas que desejam se submeter as técnicas de RA:

> Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.[35]

Foram incluídos na Resolução para o uso das técnicas de RA, os relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, conforme segue: "É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras,

---

[31] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015. pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015. I - Princípios Gerais, item 5.

[32] *Idem*, item 6.

[33] *Idem,* item 7.

[34] *Idem,* item 8.

[35] *Idem,* II - Pacientes das Técnicas de RA, item 1.

respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico".[36] Também incluiu a gestação compartilhada: "É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade".[37]

No tocante as clinicas, centros ou serviços que praticam as técnicas de RA, cabe salientar as suas respectivas responsabilidades:

> As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano para o(a) paciente de técnicas de RA.[38]

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA, deverão manter registros permanentes dos seus pacientes:

> Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.[39]

Também deverão ser mantidos permanentemente registros de provas diagnósticas: "Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o(a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças".[40]

Quanto a doação de gametas ou pré-embriões, a Resolução nº 2,121/15 do Conselho Federal de Medicina prevê normas a serem cumpridas pelas clinicas, centros ou serviços para aplicação das técnicas de reprodução assistida, bem como para os doadores e receptores. Dentre elas o caráter filantrópico. "A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial". [41]

O mesmo item estabelece o sigilo tanto do doador, quanto do receptor: "Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa".[42]

---

[36] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015. pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015. II - Pacientes das Técnicas de RA, item 2.

[37] *Idem*, item 3.

[38] *Idem,* III - Referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA.

[39] *Idem,* item 2.

[40] *Idem,* item 3.

[41] *Idem,* IV - Doação de gametas ou embriões, item 1.

[42] *Idem,* IV - item 2.

A exceção a essa regra se dará em condições específicas:

> 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).[43]

Também há disposições na resolução 2.121/15, quanto a manutenção de um registro permanente com dados clínicos dos pacientes:

> 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.[44]

O registro ao qual referimos anteriormente tem sua relevância justificada para evitar que filhos de um mesmo doador possam vir a se relacionar. “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”.[45]

A escolha do material genético que será utilizado caberá a unidade de RA: “A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”.[46]

Quanto aos médicos e demais integrantes da equipe que prestam serviços nas clinicas de RA, estão proibidos de doar material genético para fins de programas de reprodução. “Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA”.[47]

Os pacientes das unidades de reprodução assistida deverão ser informados da quantidade de pré-embriões que foram produzidos no laboratório, os pré-embriões que não forem aproveitados não poderão ser extintos ou rejeitados e sim,

---

[43] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015. pdf>. Acesso em: 02 nov.2015. IV - Doação de gametas ou embriões, item 4.

[44] *Idem,* item 5.

[45] *Idem,* item 6.

[46] *Idem,* item 7.

[47] *Idem,* item 8.

conservados. “O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados”.[48]

No momento da criopreservação os pacientes devem manifestar seu desejo em relação ao destino dado aos pré-embriões. ”No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.[49]

O descarte de material genético também está previsto na Resolução, porém dependera da vontade dos pacientes envolvidos. “Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança”.[50]

No item VI da Resolução 2.121/15, cuida do diagnóstico e tratamento de pré-embriões, com finalidade de tratamento de doenças biológicas ou hereditárias. “As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados”.[51]

O diagnóstico de doenças biológicas e hereditárias tem como finalidade exclusiva tratar doenças e impedir a transmissão da mesma, bem como a possibilidade de transplante de células tronco.

> As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.[52]

De acordo com a Resolução 2.121/15, determinou-se que, “o tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 dias”.[53]

---

[48] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015. pdf>. Acesso em: 02 nov.2015. V - Criopreservação de gametas ou embriões, item 2.

[49] *Idem,* item 3.

[50] *Idem,* item 4.

[51] *Idem,* VI - Diagnóstico genético pré-implantação de embriões, item 1.

[52] *Idem,* item 2.

[53] *Idem,* item 3.

Quando se trata de gestação por substituição, a Resolução permite desde que implique em algum problema grave que impeça a gestação ou no caso de união homoafetiva.

Desta forma fala a resolução do CFM:

> As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.[54]

As doadoras temporárias de útero deverão obedecer as regras da Resolução quanto ao grau de parentesco:

> As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.[55]

Vale lembrar, que útero emprestado não poderá objetivar lucro, bem como acontece na doação de material genético, o mesmo não poderá ser objeto de remuneração. Devendo ser ato de filantropia. “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.[56]

Apesar de todos os esforços da Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, levando em consideração todos os aspectos da reprodução humana assistida, a presente Resolução não tem força de lei, apenas serve como norteador ético à classe médica. Ante ao exposto, destaca-se que o não cumprimento dessas normas apenas acarretará em sansão administrativa, não implicando em sansão penal.

Ante ao referido, é inegável o fato da urgência e a necessidade de uma legislação específica que verse sobre as técnicas de reprodução assistida, impondo limites e sansões para o não cumprimento de suas execuções, quando ocorrerem de forma insegura.

---

[54] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015. pdf>. Acesso em: 02 nov.2015. VII - Sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero).

[55] *Idem,* Item 1.

[56] *Idem,* Item 2.

2 O ESTADO DE FILIAÇÃO E SEUS DIREITOS

Neste capítulo abordaremos sob especial ótica a colisão de direitos existente entre os usuários da técnica de reprodução assistida heteróloga, no que tange a colisão entre o direito a identidade genética por parte da criança gerada fruto dessa técnica e o direito ao anonimato do doador, analisando o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerando que o estado de filiação é a ligação entre pais e filhos, através do reconhecimento da paternidade ou maternidade, sendo ela biológica, ou pelo afeto existente, a qual gera uma relação de filiação socioafetiva, o que se torna mais importante à formação da pessoa do que o próprio reconhecimento genético.

A sociedade ao longo do tempo sofreu diversas mudanças no conceito família, outrora era conhecida como sendo ela, formada pelo pai, a mãe e os filhos. Perante as novas tecnologias e inovações da ciência onde, criou-se a possibilidade da procriação individual por meio de um doador do gameta do sexo faltante, e o reconhecimento da união estável homoafetiva, sentiu o legislador a necessidade de uma nova regulamentação, desprovida de preconceitos e que abordasse cada caso individualmente, então a filiação foi afastada do casamento.

A Constituição Federal de 1988, evidencia os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais trazem avanços importantes para o direito de família, tentando aproximar a legislação da realidade, evidenciando que as antigas regras da base familiar já não deveriam ser aplicadas, em que pese, à existência de várias formas de constituição familiar, devendo a lei mediar os diferentes casos de filiação.

O reconhecimento da filiação é um direito de todos os cidadãos, direito personalíssimo e indisponível, independentemente de sua origem. Sendo vedada qualquer tipo de discriminação e/ou diferenciação à qualquer dos filhos, devendo serem tratados de forma igualitária perante a sociedade e perante a lei.

Neste capítulo aborda-se o direito ao estado de filiação e conceito de filiação, regrado na legislação, doutrina e jurisprudência.

2.1 DIREITO À FILIAÇÃO: ISONOMIA

Todos os seres humanos são consequência da união de um óvulo e um espermatozoide, que unidos se transformam num zigoto, promovendo uma gestação com posterior surgimento de uma nova vida, sendo de forma natural ou a partir de técnicas artificiais. Os seres humanos para se reproduzirem necessitam de um pai e uma mãe, seja lá qual for o método utilizado para sua criação, dessa forma criando-se assim uma relação de filiação.

Neste sentido nos ensina Carlos Alberto Gonçalves:

> Filiação é a relação de parentesco existente entre pais e filhos, seja ela consanguínea ou não. Ter a filiação reconhecida é o direito de todo indivíduo, sendo ele filho biológico, adotivo, com os pais separados ou casados e ainda aqueles provenientes de reprodução humana assistida.[57]

Nessa acepção a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguido na redação do parágrafo 6º do artigo 227 pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1596, afastam qualquer tipo de preconceito e distinção entre os filhos, estabelecendo absoluta igualdade entre eles, vedando qualquer ato discriminatório referente à filiação.

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[58]

A constituição diz ainda que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.[59]

---

[57] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6. p.318-9.

[58] BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2015. Art.227.

[59] *Idem,* Art.227, § 6º.

Porém, trata-se de uma tutela recente, pelo Código Civil de 1916, somente era considerado filho legítimo aquele derivado do casamento dos pais, dessa maneira, se não houvesse casamento o filho não teria os mesmos direitos daquele que era fruto do matrimônio, sendo assim a filiação estava condicionada ao casamento.

Com relação a esta base legal, e aos filhos não considerados legítimos:

> Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se *ilegítimos* e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. *Naturais,* quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e *incestuosos,* se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou irmão e irmã.[60]

Nesta ótica presumida, é considerado filho o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento conjugal. Buscava-se dessa forma valorizar a família, sendo esta a única forma em que era aceitável a procriação. Esta regra é conservada pelo atual Código Civil Brasileiro.

Todavia, ao longo dos anos a percepção de família ganhou novas definições, foram se moldando a diferentes contextos sociais, ao passo que, a família não ideal, “aquela diferente da imposição da lei”, pudesse ter melhores condições sociais e estruturais do que aquelas antes determinadas, a exemplo dos casos de divórcio, ou até mesmo daquelas formadas independente da forma, as quais pudessem exercitar função social tanto quanto a outra, ou melhor.

Com a crescente evolução a legislação teve que se adaptar para acompanhar as demandas sociais. A Constituição Federal Brasileira de 1988 se moldou de acordo com as mudanças da sociedade e nos parágrafos 3.º e 4.º do artigo 226, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”[61]. “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada

---

[60] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6. p.319.

[61] BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2015. Art. 226, § 3º.

por qualquer dos pais e seus descendentes"[62]. Desta forma, definiu como entidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descentes, bem como, determinou a proteção do Estado nos casos de união estável.

Não obstante a evolução legal continuou, os casais homoafetivos começaram a se formar na sociedade e assumir a função de família e, assim, teve início uma batalha em busca dos seus direitos, começando pelo reconhecimento da entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo. Que a partir da data da publicação final do Acórdão, em 14 de outubro de 2011, decidiu-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º4277, sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva.

Onde diz que:

> Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.[63]

Salienta-se que, a legislação reconhece como entidade familiar àquela formada por pessoas homoafetivas, porém estes efeitos ainda não estão pacificados quanto a questão da filiação em se tratando destes. Pelas normas civilistas, a filiação ainda demonstra tratamentos diferentes entre filhos concebidos no casamento ou na união estável.

> Ainda que a lei fale em "constância de casamento", as presunções de paternidade e de maternidade também cabem na união estável. A única distinção é que, com a celebração do casamento, há a prova pré-constituída da convivência. Assim, qualquer dos pais pode proceder ao registro de nascimento do filho também em nome de ambos os genitores. Para isso, basta apresentar a certidão de casamento. Sendo declarante a mãe, possível que proceda ao registro do filho também em nome do marido. Em se tratando de

---

62 BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2015. Art.226, § 4º.

63 *Idem,* Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277.** Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em: 31 out. 2015.

> união estável, tal não é possível, a não ser que exista alguma prova de sua existência, como sentença judicial ou até o certificado de casamento religioso que permita comprovar a convivência dos pais. Caso contrário, para o registro do filho se faz necessário que o reconhecimento seja levado a efeito por ambos os genitores.[64]

Notamos que a referência da legislação é quanto ao parentesco direto advindo do casamento, não considerando a união estável, embora a filiação tenha sido separada do casamento o legislador privilegia a configuração deste vínculo no âmbito da conjugalidade.

Dessa forma, essa norma entra em colisão com a consolidação da Constituição Federal de 1988, e consequentemente com a posterior implementação no Código Civil de 2002 que proclamou que, os filhos oriundos, ou não, da relação matrimonial, e ainda os provenientes de processo de adoção ou de tecnologias reprodutivas, passaram a ter os mesmos direitos, sendo vedada qualquer discriminação, inclusive pelo fato de que o filho não necessariamente tenha que ser biológico, como por exemplo, nos casos dos adotivos e dos gerados por reprodução heteróloga. Não importando onde os filhos são concebidos, todos têm direitos isonômicos.

No mesmo raciocínio da nossa Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu artigo 20: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”[65]. Dessa forma tendo os mesmos direitos e deveres perante a lei. Isto posto, cabendo a cada um pleitear o direito à filiação, ou seu reconhecimento, sendo que, trata-se de é um direito personalíssimo e assim, apenas poderá ser exercido pela própria pessoa, ou seu possível genitor.

Devemos ainda abrir um parêntese para o direito à personalidade, sendo que o qual reserva à própria pessoa o direito à vida, à integridade física e moral e a privacidade, observando-se que todos estes requisitos estão elencados nos direitos fundamentais da pessoa humana, permanecendo a critério de cada um buscar os seus interesses à filiação.

---

64 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.350.

65 BRASIL. **Lei nº 8.069/90.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 31 de outubro de 2015.

Nessa acepção, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 16, inciso V, prevê: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: participar da vida familiar e comunitária, sem qualquer tipo de discriminação. ”[66]

Entende-se que todos temos o direito ao reconhecimento de nossa origem, sendo ela qual for, ainda que considerada pela sociedade como a não mais apropriada. Dessa forma, aqueles que não conhecem seus genitores, é dada a chance de conhecê-los ou apenas um deles, gerando a oportunidade de buscar o seu direito de filiação, seja pela investigação de paternidade/maternidade reconhecida pela justiça ou de forma voluntária.

Observamos que a doutrina atual identifica dois requisitos básicos para o ato de reconhecimento da filiação: O subjetivo, que se dá em função do nexo da causa para o reconhecimento de paternidade ou maternidade, ato este, personalíssimo somente realizado pelo pai ou mãe. Sua principal característica a ser considerada é a consanguinidade, porém em razão de práticas mais avançadas quanto a busca da filiação, é admitido o critério de parentesco socioafetivo, todavia esta relativa e pendente de provas. No critério formal, caracteriza-se a vontade das partes declaradas em documento público ou privado. Por possuírem fé pública, os documentos públicos terão maior grau de validade. Quando aos documentos privados a prova torna-se mais exposta a questionamentos. Perante ao juiz, as modalidades de declaração de vontade de registro de nascimento são: O registro civil, escritura pública ou privada, testamento, manifestação direta e expressa.

> O requisito objetivo de reconhecimento consiste no fato de atribuir “*status de filho”.* Em sua manifestação expressa, o reconhecente há de assumir a paternidade ou maternidade do filho em gestação ou já nascido. Não se admite o modo implícito de reconhecer, como se daria em caso de uma deixa testamentária para alguém, não acompanhada de declaração específica de paternidade ou maternidade.[67]

A partir de uma análise aprofundada observa-se a existência de uma legislação e uma doutrina muito ampla, admitindo-se diversas formas de reconhecimento de filiação.

---

[66] BRASIL. **Lei nº 8.069/90.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 31 de outubro de 2015.

[67] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 14.ed., atual. por Tânia Pereira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.

2.2 IDENTIDADE BIOLÓGICA: DIREITO

O conhecimento de suas origens, o direito à identidade biológica e a sua personalidade, são direitos pertinentes a todos os seres humanos. Seu início dá-se a partir do nascimento com vida e tratamos de um princípio fundamental, sendo ele o direito à personalidade.

> Dever-se ter claro que a busca pela identidade biológica se diferencia de estado de filiação, visto que o estado de filiação decorre dos laços afetivos construídos entre pais e filhos, enquanto a identidade biológica diz respeito ao princípio fundamental da personalidade.[68]

A origem biológica e sua busca, que nos remete ao princípio da personalidade, objetiva a identificação de sua história biológica e não o reconhecimento de paternidade.

> Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem biológica é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida. Não há a necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por doador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. São exemplos como esses que demonstram o equívoco em que laboram as decisões que confundem investigação de paternidade com direito à origem biológica.[69]

No que tange mais precisamente a investigação, no que diz respeito a identidade biológica, na maioria das vezes o processo tem um caráter psicológico, onde existe a busca do conhecimento. Essa mesma busca também pode ter viés médico, de modo que faz-se necessário saber sua origem genética para casos de doenças hereditárias, bem em decorrência de doenças solucionáveis por meio de

---

[68] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Ibdfam. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=126>. Acesso em: 28 out. 2015.

[69] *Idem.*

compatibilidade sanguínea. “O conhecimento de tais informações torna-se imperial para que haja proteção ao direito à saúde e à própria vida”[70].

Neste sentido fala Paulo Luiz Netto Lobo:

> 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 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. Uma coisa é coisa é vindicar a origem biológica, outra a investigação de paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação biológica do filho do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Consequentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.[71]

2.3 DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA E O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR: COLISÃO

No Brasil a inexistência de legislação específica acerca da reprodução humana assistida heteróloga torna-se um grande obstáculo, tendo em vista o crescente uso dessas técnicas, e por consequência ocorrem inúmeros conflitos ao redor do referido tema.

Em contrapartida, no que diz respeito a identidade do doador de material genético deve ser preservado o sigilo absoluto, do mesmo modo que este não deverá ter conhecimento da finalidade do material doado. No entanto resta dúvida também quanto a questão do sigilo dos profissionais que atuam em instituições de inseminação artificial, considerando a possibilidade de estes revelarem a identidade dos receptores, dos doadores ou ainda dos casais que recebem esse material.

---

[70] FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

[71] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Ibdfam. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=126>. Acesso em: 28 out. 2015.

Porém, acende-se o desejo que todo o indivíduo tem de ter o direito de conhecer sua origem e sua história, por motivos de alguma doença hereditária, ou pelo simples fato de conhecer sua origem biológica, sendo essa possibilidade uma opção do indivíduo, advindo da técnica de reprodução heteróloga. A opção de querer ou não saber sua origem biológica, é um direito do filho, desta forma não sendo atribuída ao doador de material genético nenhuma responsabilidade afetiva ou de sustento com relação à criança oriunda do seu material doado.

A temática nos remete a dois direitos fundamentais advindos do intangível princípio da dignidade da pessoa humana. No que diz respeito ao direito fundamental à intimidade, quanto a salvaguarda do anonimato do doador de material genético, assim como o direito fundamental da personalidade, isto é, ao conhecimento da identidade biológica, bem como garantir o direito à vida, no caso de doenças hereditárias que só podem ser prevenidas e tratadas a partir do conhecimento da origem biológica.

Conforme diz Paulo Luiz Netto Lobo:

> O direito ao conhecimento da origem biológica não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda a pessoa humana é titular, na espécie direito a vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos.[72]

Mantendo-se neste posicionamento, argumenta-se no sentido de que em casos de reprodução assistida heteróloga torna-se possível divulgar a origem biológica do doador sem ser revelada sua identidade civil, posto que a Resolução do Conselho Federal de Medicina prevê o arquivamento de todos dados clínicos.

> As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.[73]

Na doutrina encontramos autores que defendem a quebra do sigilo:

---

[72] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias.** 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.206.

[73] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2013/2013**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015. (Anexo) Cap. IV, item 5.

"Ana Claudia Ferraz critica a impossibilidade de conhecimento da origem biológica".74 "Maria Helena Machado entende que ao preservar o anonimato do doador se está privando a criança de seu direito a personalidade".75

> Analisando a questão do anonimato do doador juridicamente, pode-se considerar ao mesmo tempo que a citada Resolução ao prever o sigilo na sua identificação, está violando o direito da personalidade do fecundado pelos meios artificiais. Assim, mesmo não tendo escolhido sua forma de nascimento de inseminação heteróloga, fica tolhido de saber sobre sua origem de filiação, sendo-lhe negado o direito à identidade. Diante do princípio de que não são disponíveis estados pessoais naturais e nomeadamente o vínculo de filiação, ao filho, deveria ser reservado como direito inerente a sua personalidade, a possibilidade de conhecer a identidade do doador. Isto se dá, em primeiro lugar, por se tratar de direito à identidade, de um direito personalíssimo, e, portanto, insuscetível de obstacularização. De outra parte, o filho dever ter acesso aos dados biológicos do doador para descoberta de possível impedimento matrimonial. O conhecimento de sua origem é direito personalíssimo que deve ser assegurado a todas as pessoas que desejam conhecer seus antecedentes porque trata-se da história da vida de cada um. Mesmo que a criança esteja perfeitamente inserida em determinado contexto familiar, o direito de conhecer a sua história não lhe pode ser tirado[76].

Nesse viés, fica claro que o propósito de buscar sua origem biológica não deverá ser o de pleitear o reconhecimento de filiação, requerer alimentos e outros direitos advindos do dever de um pai com o filho, e sim tão somente ter o conhecimento de sua origem genética.

Quanto a questão do direito de anonimato do doador, versa amparo na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso X:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.[77]

---

74 FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

75 MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. ano 2003, 6.tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

76 *Idem,* p.121.

77 BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2015. Art 5º e inciso X.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13, estabelece:

> 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.[78]

Observamos que o direito à intimidade encontra consistência na proibição de divulgação de qualquer forma dos dados que exponham nossa existência sem a devida autorização da pessoa, Ao passo que, todos têm o direito à reserva sobre o conhecimento de sua vida íntima. Ou seja, a intimidade é a autonomia que o ser humano tem de preservar os aspectos íntimos de sua existência, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, tratam da liberdade de que deve gozar o indivíduo. Portanto, não poderia haver entendimento diferente nos casos de reprodução Humana Assistida, onde o doador de material genético tem o direito de manter em sigilo sua identidade, a fim de preservar a sua intimidade.

Nos casos de reprodução assistida heteróloga, o anonimato do doador, ajudaria na possibilidade de casais inférteis terem filhos a partir da doação de material genético. Porém, a quebra do sigilo e a possibilidade de uma investigação de paternidade, afastariam a doações e não haveriam mais material genético para esses fins.

Eduardo Oliveira Leite destaca, o doador de material genético está renunciando de forma voluntária a paternidade jurídica, da mesma forma que a mãe que entrega seu filho a adoção desiste de todo direito de filiação ali existente[79].

> Quem consentiu em doar o seu sêmen para um banco de esperma, com vistas a auxiliar um casal infértil, embora possa (em tese) alegar é, geneticamente falando, seu, deverá, em contrapartida, aceitar que o filho não é institucional, nem voluntariamente, seu. Ao contrário, estar-se-ia admitindo - como ocorre na doação de órgão em novo paciente, o doador reclamasse a propriedade do órgão doado, o que fica vedado pela lógica e pela própria natureza de doação.[80]

---

78 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2013/2013**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

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

80 *Idem,* p.381-2.

É inegável a natureza filantrópica do ato da doação de material genético, uma vez que inexiste qualquer tipo de remuneração pela doação. Fica claro a intensão do doador, o mesmo não possui nenhum interesse com relação a criança gerada, seja ela, afetiva, na educação ou no sustento.

O conhecimento da identidade do doador de material genético poderia influenciar de forma negativa na relação familiar, podendo causar traumas e constrangimentos à criança gerada a partir dessa técnica, desta maneira interferindo na sua vida.

Como já dito anteriormente, observamos novamente o fato de que o doador de material genético o fez de maneira beneficente, ainda solteiro, mas que futuramente irá casar-se e constituir família, podendo assim, a qualquer momento defrontar-se com um desconhecido que é seu filho biológico, e este filho deseje aproximar-se de seu pai e seus irmãos. O doador ao oferecer seu material, não possui qualquer interesse em saber do conhecimento da criança gerada, nem sequer qualquer tipo de relação de afeto com essa pessoa. Não seria cabível que ele sofra transtornos em sua vida, ou qualquer tipo de constrangimento perante a sua família resultante da busca de filho, porque ao doar material genético estava ciente do sigilo que acercaria ambos os envolvidos, tanto o doador, quanto o receptor.

De fronte dessa inegável colisão de direitos, o mais conveniente é que exista uma ponderação entre um e outro, analisando o caso concreto e as reais alegações, tanto para a busca da identidade genética, quanto para o anonimato do doador. É necessário para isto, usar como norteador o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo assim, para poder decidir a melhor solução a ser tomada perante tal conflito.

Ana Claudia Ferraz nos ensina: Quando se utilizar da ponderação para resolver tal impasse deve-se levar em conta o princípio do melhor interesse da criança.[81]

> No exercício da ponderação, o aplicador do direito deverá ter em mente o princípio do melhor interesse da criança, que não necessariamente importará no conhecimento da origem biológica, nos casos de inseminação heteróloga. A criança pode, efetivamente, não ter ainda maturidade suficiente para lidar com a questão,

[81] FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

> podendo até causar dano à integridade psíquica da mesma a abalar o relacionamento com a família, já calçado na afetividade. Por isso muitos defendem que a informação apenas deve ser fornecida a partir da maioridade do interessado. Outrossim, o julgador deverá valer-se de parecer psicossocial a fim de, no caso concreto, poder avaliar a extensão dos benefícios e danos para as partes envolvidas, procurando, assim, causar, o menor dano possível ao decidir qual o direito fundamental que deverá prevalecer.[82]

A encontrarmos com tais questões de colisão de direitos deve sempre se levar em consideração o que é mais relevante à criança, analisando o caso concreto, observando o interesse buscado e a importância desse objetivo. A proporção que ambos os direitos são decorrentes do princípio da dignidade da humana, este deve ser tomado como norte e sempre observado, cuidando sempre para que o melhor interesse da criança seja resguardado.

2.4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio do melhor interesse da criança busca na íntegra proteger a criança, e a forma mais ampla que a beneficie, baseando-se na sua história de vida, necessidade e felicidade, buscando o que é melhor para ela.

Este princípio foi oficializado pelo sistema jurídico inglês, que em 1959 passou a ser seguido pela comunidade internacional na Declaração do Direitos da Criança. Passou-se a utilizar a doutrina da proteção integral, houve uma expansão do significado desse princípio, haja vista que o referido princípio passou a proteger todas as crianças e adolescentes de forma geral, inclusive nos litígios familiares, deixou de ser apenas uma proteção as crianças e adolescentes que estavam em situações irregulares.

Este princípio é um norteador para legisladores e aplicadores do direito e deve ser sempre levado em consideração, devido ao seu grau de importância, devendo sempre priorizar as necessidades da criança e do adolescente, no

---

[82] FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009. p.155.

momento da interpretação da norma, na solução de lides e na elaboração de novas leis.

> Infelizmente, nem sempre a prática corresponde ao objetivo legal. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se de que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não "o pai, a mãe, os avós, tios etc". muitas vezes, apresar de remotíssima a chance de reintegração familiar, porque, por exemplo, a criança está em abandono a anos, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou se limita a visita-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura essa via crucis, a criança vai se tornando "filha do abrigo", privada do direito fundamental a convivência familiar, ainda que não seja sua família consangüínea.[83]

Os operadores do direito, quando da análise do caso concreto, devem observar com muita clareza o fato do maior interesse a ser protegido, isto é, o principal objetivo que se deve ter é a proteção constitucional dos seus direitos e necessidades, buscando alcançar seus interesses e bem estar, ainda que isso se faça em prejuízo da própria família. Entretanto, "o legislador deve buscar a proteção do melhor interesse da criança nos limites da lei, jamais ignorando o que é previsto legalmente"[84].

Quando for necessário a intervenção nas relações de família, o princípio do melhor interesse da criança deverá sempre prevalecer, sendo este o norteador da conduta na resolução de conflitos que envolvam crianças a adolescentes procurando sempre sua proteção integral.

Em se tratando de reprodução assistida heteróloga, deveremos sempre partir da análise do caso concreto, para podermos identificar o que é mais benéfico para a criança, se é identificar sua identidade biológica, desta forma colocando em risco sua convivência familiar, ou desconhecer essa realidade, uma vez que a criança encontra-se totalmente inserida no contexto familiar. Tão somente uma análise aprofundada do caso concreto poderá responder esses questionamentos.

---

[83] AMIN, Andréa Rodrigues. In MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenadora). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2009. p.28.

[84] *Idem.*

Do mesmo modo, deverá buscar-se ainda a proteção da dignidade da pessoa humana, o referido princípio encontra-se fundamentado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III[85].

Diante de sua grandiosidade e complexidade, a dignidade da pessoa humana não possui conceito fechado, este vem sendo construído no transcorrer dos tempos, e atualmente é tida como um valor soberano.[86]

A dignidade é tida como elemento intrínseco de todo o ser humano, de tal forma que todos seres humanos possuem dignidade em igual quantidade, independente da situação econômica ou financeira.[87]

> No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e igualdade.[88]

Conforme explica Rizzatto Nunes:

> A dignidade da pessoa humana é uma qualidade que surge junto com o próprio indivíduo. Ao nascer a criança já possui dignidade e com o passar dos anos essa dignidade será acrescida, diante da liberdade de pensamento e expressão, sua imagem, intimidade, ideias, crenças, etc., enfim tudo que é inerente à própria essência do ser humano.[89]

No mesmo sentido Ingo Wolfagand Sarlet fala:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável

---

85 BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2015. Art 1º e inciso III.

86 NUNES. Rizzatto. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina e Jurisprudência**. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

87 SARLET, Ingo Wolfagand. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

88 *Idem,* p. 32.

89 NUNES, *op. cit.*

> nos destinos da própria existência se da vida em comunhão com os demais seres humanos.[90]

Nessa perspectiva, relativo ao assunto do presente trabalho, percebe-se claramente que a dignidade da pessoa humana é algo inestimável, ao passo que não existe valor financeiro que possa pagá-lo, sendo princípio inerente a todo ser humano devendo ser respeitado.

> O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda a criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e com pessoas que a queiram. O afeto é necessário para alimentar o espírito e o alimento para manter a saúde física. A criança deverá ter direito à convivência familiar saudável, e seu bem-estar dever ser assegurado acima de qualquer outro interesse, mesmo em conflito com os interesses de seus pais, sejam eles biológicos ou afetivos.[91]

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança devem caminhar de juntos, de igual forma, preservando o interesse e o bem-estar da criança, mesmo que em prejuízo do interesse familiar, partindo do fato de que a criança possui dignidade que lhe é própria, a partir do seu nascimento, não importando a forma pela qual ela foi gerada. E entre tantos direitos inerentes a ele saliento também o direito a personalidade através da ciência de sua identidade biológica.

---

[90] SARLET, Ingo Wolfagand. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.63.

[91] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate biológico. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.94.

3 TÉCNICA DE SOPESAMENTO, PONDERAÇÃO DE VALORES E RACIONALIDADE

Na atualidade a teoria do direito vem travando uma grande batalha para discutir a difícil relação existente no que diz respeito ao direito e moral, entre valores e normas. Especialmente o que a teoria do direito tem pretendido é solucionar o problema entre fundamentação da decisão.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fortaleceram-se as seguintes ideias: a) a supremacia da Constituição, que deixou de ser vista como mero estatuto de distribuição de competências, tendo sua força normativa; b) a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos; c) a necessidade de aplicação da técnica de ponderação de valores quando houvesse tensão entre princípios.

Essas ideias tiveram total sucesso, partindo da ótica de que esses temas já estão inseridos com grande aceitação no âmbito jurídico brasileiro. Porém, em relação ao item c, percebe-se que a técnica de ponderação de valores é usualmente inapropriada, não obtendo uma fundamentação sólida.

A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias.[92]

3.1 PONDERAÇÃO DE VALORES

A ponderação, deve ser entendida como “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”[93].

A decisão do juiz deve ser moldada àquele determinado caso, aplicando o princípio da proporcionalidade para fundamentação da decisão judicial. A Constituição prevê valores que são fundamentais, o predominante é o da dignidade da condição humana.

---

[92] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.331.

[93] *Idem,* p.23.

> Segundo a lei da ponderação, esta deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No Segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.[94]

O magistrado quando da busca do valor que deva predominar no julgamento de uma causa, deverá estabelecer qual norma a ser aplicada, de acordo com a sua conduta ética, não esquecendo que na interpretação constitucional deve se limitar ao conteúdo finalista.

Sabemos que a norma superior é a Constituição Federal, o ordenamento jurídico decorre da norma superior, o intérprete deve se deter antes, à mens. constitucional e, depois, à *mens. legis.*

Em outra ótica, como forma de entendimento da ponderação, essa técnica encontra sua sustentação em balancear ou sopesar os elementos em conflito para atingir a solução mais adequada ao litígio. No momento em que exista confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução deve ser a conciliação entre eles, aplicando-se cada um em proporções diferentes, de acordo com a respectiva importância no caso.

Em uma breve explanação, a técnica da ponderação ou sopesamento, trata-se de um meio de conciliação de princípios em tensão, na medida em que cada qual é aplicado na forma em que melhor contribui para a justiça num determinado caso concreto.

3.2 TÉCNICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Através de uma leitura mais aprofundada do conflito de normas, notamos que, podem existir duas formas:

Nos conflitos de regras, existem inúmeras formas de solucionar conflitos de regras, dentre eles o critério hierárquico pelo qual a norma hierarquicamente superior se sobrepõe, suprimindo a inferior, o critério cronológico pelo qual regra anterior sobrepõe a posterior e o critério da especificidade onde a regra especial predominará sobre a regra geral.

---

[94] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.68.

Quanto aos conflitos de princípios, o problema maior surge quando, em determinado caso, dois princípios entram em colisão.

O princípio constitucional pode ser contrário a uma regra que não se baseia num princípio constitucional, pode ainda colidir com uma que se baseia num princípio constitucional ou colidir com uma regra constitucional.

Nessa acepção, a solução de conflitos entre normas e princípios dependerá da natureza da norma, e com qual princípio irá colidir. Na colisão de um princípio com uma norma infraconstitucional predomina o princípio, neste caso, a regra é considerada inconstitucional. Perante um conflito em que de um lado temos um princípio constitucional e do outro uma regra, o princípio prevalece, do contrário seria um desrespeito à Constituição Federal.

Conforme o explanado, concluímos que qualquer norma deve ser interpretada conforme a Constituição, não sendo possível, predominará o princípio constitucional.

Ante ao exposto, no que tange conflitos, podemos esclarecer que:

- Na colisão de um princípio com uma regra constitucional, prevalece a regra;
- Na colisão de um princípio, com uma regra baseada em princípio constitucional deverá ser ponderado o caso concreto, e qual norma prevalecerá;
- Na colisão de um princípio com uma regra não baseado em princípio constitucional, o princípio prevalecerá.

> As colisões de princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.[95]

Assim sendo, sempre que houver conflitos entre princípios, haverá a sobreposição de um princípio a outro, na ponderação preponderará aquele que for mais justo para o caso concreto.

---

[95] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.93.

3.3 TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE VALORES

A aplicação da ponderação entre os princípios será através do princípio da proporcionalidade, sendo assim, o juiz verificará a aplicação daquele princípio em um caso concreto e se estará mais enquadrada aos preceitos da justiça e da proporcionalidade.

Nos casos em que forem princípios absolutos, os mesmos devem prevalecer sempre, podendo se concluir que são proporcionalmente mais adequados a aplicação no caso concreto. Podendo citar como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, podemos analisar que cabe ao juiz de forma imparcial analisar qual o melhor princípio a ser aplicado, de forma que atenda os preceitos da justiça, bem comum e da paz social.

Dentro do ordenamento jurídico a ponderação de valores demonstra que há uma equivalência operacional entre princípios e valores, porem eles não se confundem.

> Não se iguala a proporcionalidade a um princípio, o que entraria em contradição com a sua própria teoria (ou até a proporcionalidade poderia comportar mitigações, o que implicaria em antítese); entretanto, vale-se, na falta de um vocábulo melhor, da expressão *princípio da proporcionalidade*, inadvertida e genericamente. Este princípio se dividiria em outros três: *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido restrito*; os dois primeiros estariam encarregados da efetivação ampla das possibilidades fáticas do princípio em questão, ao passo em que o terceiro se relacionaria às possibilidades jurídicas.[96]

É de relevante importância a compreensão do que são regras e princípios, e suas diferenciações. Regras e princípios não são inversos ou contrários, estão dentro de um mesmo conceito. Regras e princípios são normas, definem o que deve ser feito e formados tanto pela permissão, quanto pela proibição, suas distinções são nada menos que duas espécies de normas.

As diferenciações entre princípios e regras encontram-se também no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos as regras, também possuem características de serem normas de argumentação ou de comportamentos. Entre as

---

[96] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001. p.132.

várias correntes existentes no que diz respeito a essas diferenciações, a tese mais correta afirma que não existe entre eles apenas uma diferença gradual, mas também uma diferença qualitativa.

A existência de uma lei chamada “Lei de Colisão”, explica que a tensão de um conflito pode ser solucionada por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, o objetivo desse sobesamento é definir qual dos interesses em discussão que estão no mesmo nível tem maior peso no caso concreto.

Considerando que o sopesamento entra como “conciliador” de tensões, é necessário decidir qual interesse deve ceder, porém, não podemos esquecer que nenhuma das normas contraditórias entre si são inválidas e que nenhuma tem prevalência absoluta sobre a outra, fundamentalmente devemos observar o caso concreto.

Além dos critérios acima mencionados ao sopesamento, devemos acrescentar mais um, o critério dos valores constitucionais.

Enfim, o domínio da técnica de sopesamento, torna-se requisito para enfrentar os casos mais difíceis, casos nos quais exigem a exploração das questões éticas que fazem parte do conteúdo dos princípios constitucionais.

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe

> ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.[97]

Neste caso podemos avaliar que foi determinado que não havia o porque o doador ser identificado, em função que o menor já tinha seu registro e sua família constituída.

> ACÓRDÃO 0017795-52.2012.8.19.0209 - APELAÇÃO
> Ementa: LUCIANO SILVA BARRETO - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE DUPLA MATERNIDADE. PARCEIRAS DO MESMO SEXO QUE OBJETIVAM A DECLARAÇÃO DE SEREM GENITORAS DE FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA QUE NÃO É OBSTÁCULO AO DIREITO DAS AUTORAS. DIREITO QUE DECORRE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NOS SEUS ARTIGOS 1º, INCISO III, 3º, INCISO IV, 5º, CAPUT, E 226, §7º, BEM COMO DECISÕES DO STF E STJ. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O

---

[97] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº0052132370.** Oitava Câmara Cível. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=reprodu%C3%A7%C3% A3o+assistida +heterologa&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a __politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD %3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 01 nov. 2015.

> REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS DE FILHO DO CASAL.
> 1. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento do menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. 2. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filho das apelantes, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. 2. Sentença a que se reforma. 3. Recurso a que se dá provimento.[98]

Aqui podemos ver um recurso provido dando reconhecimento jurídico a família que já o fazia de fato.

> ACÓRDÃO 0048701-38.2010.8.19.0001 – APELAÇÃO
> Ementa: PAULO MAURICIO PEREIRA - QUARTA CÂMARA CÍVEL
> 1) União homoafetiva. Pedido das parceiras de declaração de maternidade e filiação de nascituro, fruto de inseminação artificial, mediante reprodução heteróloga assistida. Inseminação artificial, por doador anônimo, do óvulo de uma, posteriormente introduzido no útero da outra. Sentença de improcedência. - 2) Flagrante violação às normas éticas que regem a reprodução assistida e que vedam a prática de qualquer manipulação de células germinativas humanas através de expedientes divorciados dos objetivos da ciência. Lei 8.974/95 e Resoluções do Conselho Federal Medicina. - 3) A inseminação artificial só deve ser utilizada para fins de reprodução assistida de forma subsidiária, com o objetivo tão-somente de auxiliar na solução de problemas de infertilidade humana. - 4) A utilização de técnicas de biogenética, visando à satisfação da reprodução da linhagem ascentral ou à afirmação de uma relação amorosa (busca da felicidade), não encontra respaldo jurídico. - 5) A pretensão de obter um registro com dupla maternidade é impossível, não prevendo a ciência médica ou o nosso ordenamento jurídico o nascimento de um ser gerado e parido por duas mães ao mesmo tempo nem a feitura de um registro de nascimento original no qual conste a dupla maternidade ou paternidade. -7) Sentença mantida. Recurso desprovido.
> Voto vencido - DES. WAGNER CINELLI Declaração de voto - DES. SERGIO JERONIMO A. SILVEIRA[99]

---

[98] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação N°0177955220128190209.** Vigésima Câmara Cível. Relator Des. Luciano Silva Barreto. Julgamento 07/08/2013. Publicação 04/04/2014. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/search?q= &processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=*&partialfields=npc%3A00177955220128190209.%28ctd%3A1%7Cctd%3A2%29&exclude_apps=1&ulang=pt-BR&lr=lang_pt&sort=date%3AD% 3AS%3Ad1&as_q=+>. Acesso em: 01 nov. 2015.

[99] *Idem,* **Acórdão N°0048701-38.2010.8.19.0001.** Apelação. Quarta Câmara Cível Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 02/02/2011. Publicação 18/03/2011. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/search?q=&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output

Conforme podemos analisar o judiciário, a sua maneira está buscando soluções para resolver estes problemas até que tenhamos uma legislação específica para dirimir tais conflitos, que cada vez mais surgirão com o avanço e a procura pelas técnicas de reprodução humana assistida.

=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&filter=0&getfields=*&ulang=pt-BR&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&partialfields=npc%3A00487013820108190001.%28ctd%3A1%7Cctd%3A2%29&as_q=+>. Acesso em: 01 nov. 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução das famílias brasileiras, novas formas foram sendo admitidas, formas estas que na verdade sempre existiram, e que agora encontram amparo constitucional. Como as famílias socioafetivas por exemplo que veem ganhando espaço, e possuem condições de igualdade em perante a lei.

Com a constante evolução da sociedade de uma forma geral, a família também foi mudando e formas diferentes foram sendo admitidas, a exemplo da família monoparental, que desde sempre não podemos negar sua existência, entretanto sua proporção aumenta indiscutivelmente, e atualmente encontra amparo constitucional. A monoparentalidade pode derivar de diversos fatores, como divórcio, viuvez ou por escolha da mãe em formar um lar somente com os filhos, desta forma intituladas de produção independente.

A família baseada no afeto ao longo do tempo também ganhou espaço, nesse sentido, tornando-se mais importante que a origem genética na definição da filiação. Na antiguidade o afeto não era levado em consideração na formação da família, passando a ser fundamental nos tempos de hoje. Os filhos socioafetivos estão em condição de igualdade com os filhos biológicos perante a lei brasileira. Afeto, amor e convivência estão entre os pilares básicos para a constituição da família e o bem estar da criança. Isto também ocorre na reprodução humana assistida heteróloga, tendo em vista que o material genético utilizado pertence a um terceiro doador anônimo, sendo que, nesse caso a criança terá uma mãe biológica e um pai socioafetivo.

Mas no que diz respeito as técnicas de reprodução assistida, a legislação brasileira ainda é omissa, não regulamentando de forma efetiva a utilização e os limites das técnicas utilizadas para o referido método. O trabalho falou sobre as técnicas que são utilizadas para o objetivo de ter filhos, diferenciando reprodução assistida homóloga de reprodução assistida heteróloga.

Um ponto que merece destaque diz respeito ao anonimato do doador, assunto que gera polêmica entre os que defendem e os que são contra o anonimato do doador de material genético para fins de reprodução assistida heteróloga, como foi visto no segundo capitulo.

O doador tem o direito ao anonimato garantido pela resolução 2.121/15, partindo do ponto que o faz sem qualquer interesse afetivo, e nenhuma

responsabilidade com a criança gerada. O doador por sua vez também não pode ter conhecimento do casal que ira receber o seu material, e, da mesma forma o casal não terá conhecimento da identidade do doador.

A resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina apresenta orientações para os médicos e agentes de saúde que trabalham com as técnicas de reprodução assistida, discorrendo sobre normas éticas e de utilização das técnicas de reprodução, princípios, responsabilidades das clínicas, condições para doação de gametas ou pré- embriões.

Essa resolução serve apenas como orientação ética, mediante ausência de regramento legal, não havendo a possibilidade de punir penalmente aqueles que transgredirem tais normas.

No que diz respeito à identidade biológica, tem-se claro que esta é assegurada a todo indivíduo, pois se trata de direito de personalidade, o direito a identidade biológica nestes casos se justifica em razão de que tal investigação seria estritamente para fins de conhecimento da história biológica, quando da ocorrência de doenças hereditárias visando o tratamento ou prevenção destas, mas sem a identificação civil do doador.

O direito à identidade biológica não se confunde com investigação de paternidade, quando se fala em direito à personalidade, que é um princípio mais amplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, que nunca deve ser desconsiderado quando da ocorrência de conflitos.

O ponto principal é a colisão de dois direitos, o direito ao anonimato e o direito à identidade biológica com base no princípio do direito à personalidade.

No decorrer do trabalho o que se pode avaliar é que não existe uma regra rígida, para os casos de identidade biológica e anonimato do doador, tudo deve ser avaliado no caso concreto, mas o que podemos concluir que mesmo que o receptor venha a saber a sua identidade biológica, a identidade civil do doador nunca é divulgada.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa e FRANÇA, Daniele Galvão de. **Reprodução humana assistida e as relações de parentesco.** Revista Prática Juridica, ano I, n.7, 31 out. 2002.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2001.

_____.**Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. In MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenadora). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2009.

BARBOSA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*.** Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição (1988).** Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_ 03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

_____.**Lei nº 8.069/90.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ L8069.htm>. Acesso em 31 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277.** Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1= 4277&processo=4277>. Acesso em: 31 out. 2015.

_____.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Acórdão N°0048701-38.2010.8.19.0001.** Apelação. 4ª Câmara Cível Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 02/02/2011. Publicação 18/03/2011. Disponível em: <http://www.tjrj.jus. br/search?q=&btnG=Pesquisar&processType=cnj&site=juris&client=juris&output=xml _no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude _apps= 1&filter=0&getfields=*&ulang=pt-BR&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS% 3Ad1&partialfields=npc% 3A00487013820108190001.%28ctd%3A1%7Cctd% 3A2%29&as_q=+>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação N°0177955220128190209.** Vigésima Câmara Cível. Relator Des. Luciano Silva Barreto. Julgamento 07/08/2013. Publicação 04/04/2014. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/search?q= &processType=cnj&site=juris&client =juris&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris&entqrm=0&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter= 0&getfields=*&partialfields=npc%3A01177955220128190209.% 28ctd% 3A1%7Cctd%3A2%29& exclude_apps=1&ulang=pt-BR&lr=lang_pt&sort= date%3AD%3AS%3Ad1&as_q=+>. Acesso em: 01 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº0052132370.** Oitava Câmara Cível. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q= reprodu%C3%A7%C3% A3o+assistida +heterologa&proxystylesheet=tjrs_index &client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc= 200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS% 3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate biológico. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução de nº 2.121/15. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957 _2010.htm>. Acesso em: Acesso em: 11 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução de nº 2.121/2015.** Brasília-DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_ 2015.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015.

FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

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

_____. **Procriações artificiais e o direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Ibdfam. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigo& artigo=126>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. **Famílias.** 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. ano 2003, 6.tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

MAZZA, Malu. **Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos.** 07/10/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>. Acesso em: 11 out. 2015.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida.** Um pouco de História. Revista da SBPH. Rio de Janeiro, 2009. OTERO. Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano. Coimbra: Almedina, 1999.

NUNES. Rizzatto. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina e Jurisprudência**. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 14.ed., atual. por Tânia Pereira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.

PRÓ-CRIAR. Medicina Reprodutiva. **História da Reprodução Assistida.** Textos Médicos. 10/02/2014. Disponível em: <http://www.procriar.com.br/historia-da-reproducao-assistida>. Acesso em: 11 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfagand. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6.ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Savero. **O direito *in vitro:*** da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA. Fernanda Avellaneda. **Aspectos Éticos, Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida.** São Paulo, 2004. Disponível em: <http://intertemas. unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/247>. Acesso em: 02 out. 2015.