



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: ANÁLISE DA IMPOSIÇÃO DO  
ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS PELO CONSELHO FEDERAL DE  
MEDICINA ANTE A AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES

Fabricia Braga Brandão Rocha

Rio de Janeiro  
2018

FABRICIA BRAGA BRANDÃO ROCHA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: ANÁLISE DA IMPOSIÇÃO DO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ANTE A AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós – Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Nelson Carlos Tavares Junior

Coorientadora:

Prof<sup>a</sup> Neli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro  
2018

FABRICIA BRAGA BRANDÃO ROCHA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: ANÁLISE DA IMPOSIÇÃO DO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA ANTE A AUTONOMIA PRIVADA DAS PARTES.

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós – Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018. Grau atribuído: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

Presidente : Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

---

Convidado: Prof. Rodrigo da Guia – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

---

Orientador: Prof. Nelson Carlos Tavares Junior – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

---

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ - NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO (A) AUTOR (A).

A Rodrigo Gonçalves Rocha, meu esposo, que teve compreensão nos meus momentos de ausência e pelo seu apoio incondicional.

## AGRADECIMENTOS

A Deus , por ter me fortalecido em todos os momentos necessários.

Ao Professor e orientador Nelson Tavares, pela atenção dedicada ao trabalho monográfico da humilde aluna.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, pelo devotamento ao trabalho monográfico da humilde aluna, de modo a apoiar em momentos de profundas incertezas.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por oportunizar um excelente ambiente de estudos, bem como também por proporcionar soluções a todos os problemas acadêmicos a ela, Escola , apresentados.

À memória de meu pai Silvio de Souza Brandão, o qual, sempre direcionou-me aos caminhos acadêmicos, de modo a asseverar que os estudos é o maior patrimônio da humanidade.

A minha mãe Alzira Coimbra Braga Haber, a qual, sempre me incentivou aos estudos me ensinando que o conhecimento é a herança mais valiosa do ser humano.

Ao meu marido Rodrigo Gonçalves Rocha, pelo apoio nos momentos de tensão e insegurança sempre com palavras de conforto e segurança.

A equipe SERIB, que possui um excelente serviço de pesquisa para magistrados, oferecido pela EMERJ, no qual tive a oportunidade de trabalhar e apreender a fazer pesquisas acadêmicas e muito contribuiu na realização do presente trabalho.

A amiga DeJane Gomes que me inspira com sua garra e determinação e sempre otimista mesmo com todas suas adversidades.

As amigas Fernanda Gonçalves, Thais Cunha, Katherine Brauer e Danyele Andrade que tornam a rotina da EMERJ mais leve.

Aos meus irmãos e amigos, os quais, sempre me apoiaram com palavras e atitudes.

“O caminho é mais importante do que a caminhada”.

Carlos Drummond de Andrade

## SÍNTESE

O Conselho Federal de Medicina ao regulamentar a atuação médica na reprodução assistida heteróloga, por meio da Resolução nº 2168/2017, impõe o anonimato ao doador de gametas. O referido órgão alega que a imposição visa resguardar as partes de possíveis interferências na relação familiar, bem como preservar a intimidade do doador. Contudo, os direitos fundamentais do doador devem ser ponderados com os da receptora e da possível criança a ser gerada. Não há norma no ordenamento jurídico pátrio que regulamente o referido procedimento e as partes acabam sendo submetidas as normas éticas atribuídas as clínicas de fertilização. Analisa-se os modelos de doadores existentes nos países que possuem norma regulamentadora e a imposição do anonimato no Brasil ante a autonomia privada das partes. Desse modo, o presente trabalho científico tem como objetivo principal apresentar, a partir de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial argumentos favoráveis à opção das partes em escolher o modelo de doador que lhe convém.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA REFLEXÃO ACERCA DA RELEVÂNCIA DESSE DIREITO E A NORMA ÉTICA QUE O REGULAMENTA.....	12
1.1. Reprodução assistida: aspectos relevantes sob a perspectiva de um direito constitucional implícito.....	13
1.2. Ausência de norma reguladora sobre métodos de reprodução assistida: uma lacuna a ser suprimida .....	15
1.3. Reprodução Assistida pelo método não homólogo: repercussão para o doador de gametas e a sua identidade.....	17
1.4 Resolução nº 2168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina: questões éticas na reprodução heteróloga .....	19
2. ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO DOS MODELOS DE DOADOR IMPOSTOS NOS PAÍSES QUE POSSUEM NORMA REGULAMENTADORA E AS SUAS CONQUÊNCIAS .....	22
2.1. A preservação do anonimato do doador de gametas no Brasil: garantia do direito à intimidade.....	23
2.2. Análise histórica do anonimato do doador de gametas no direito comparado: países que possuem norma regulamentadora e o tratamento das questões divergentes.....	24
2.3. Análise da aplicação do modelo <i>double track</i> no ordenamento jurídico.....	37
3. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS .....	39
3.1. Direito à identidade pessoal como direito à personalidade e o conhecimento à origem genética .....	40
3.2. O Direito da personalidade da pessoa gerada com material genético doado <i>versus</i> o direito à intimidade do doador .....	43
3.3. O direito ao conhecimento da identidade genética como preservação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	50
4. AUTONOMIA PRIVADA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: IMPLICAÇÕES ACERCA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	53
4.1. Autonomia da vontade x autonomia privada.....	53
4.2. Autonomia privada no Direito de Família .....	56
4.3. O Princípio da Intervenção Mínima do Estado como garantia da Autonomia Privada.....	58
4.4. Autonomia privada: quais são as suas limitações?.....	60
4.5. Direito à felicidade: escolha do modelo de doador e planejamento familiar como autonomia privada.....	62
4.6. Inseminação artificial clandestina: o impacto da imposição do anonimato do doador .....	65
4.7. Ativismo judicial ante a ausência de regulamentação da Reprodução Assistida heteróloga .....	67
CONCLUSÃO.....	70

REFERÊNCIAS .....	72
-------------------	----

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta analisar a imposição do Conselho Federal de Medicina do modelo anônimo ao doador de gametas na reprodução assistida heteróloga. Com isso, faz-se necessário analisar questões como: o direito ao conhecimento à origem genética *versus* o direito ao anonimato, direito ao planejamento familiar, bem como a autonomia privada das partes ante a ausência de lei específica.

A área específica sobre o tema é a Bioética, todavia, abrange também o Direito Constitucional e o Direito Civil, sendo as únicas normas existentes no nosso ordenamento jurídico a Resolução nº 2168/17 do Conselho Federal de Medicina (CFM) que trata de princípios gerais a serem observados pelos médicos e o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que regulamenta a questão registral das crianças geradas por reprodução assistida heteróloga.

Ante o exposto, vale ressaltar que com o passar dos anos houve uma transformação nos modelos de família existentes, refletindo uma série de transformações no âmbito cultural, jurídico e tecnológico, pois aumentou consideravelmente o número de crianças concebidas pelos métodos de reprodução assistida. Nesse sentido, mais especificamente, este estudo científico tem como direcionamento analisar e ponderar a reprodução humana assistida heteróloga e seus desdobramentos, tratando especificamente da imposição do anonimato do doador de gametas pelo Conselho Federal de Medicina.

Posto essas exposições, necessário se faz uma breve explicação quanto à estrutura deste trabalho que se compõe na divisão de quatro capítulos, além desta introdução.

O primeiro capítulo traz algumas considerações acerca da reprodução assistida esclarecendo os métodos utilizados e os tipos de doação de gametas, a saber: homólogo e heterólogo, sendo este último o cerne da discussão por envolver material genético de terceiro. Desta forma, busca-se trazer os seus aspectos relevantes como: direito à gestação, ausência de norma regulamentadora, a repercussão acerca do doador e as questões éticas regulamentadas pela Resolução nº 2168/2017 do CFM.

O segundo capítulo objetiva analisar o direito ao anonimato do doador de gametas e uma breve análise histórica de países que possuem normas específicas, bem como os demais

modelos de doador adotados, à saber: anônimo, identificado e *double track*. Aborda-se, principalmente, nesse capítulo a aplicação do modelo *double track* no ordenamento pátrio.

O terceiro capítulo trata do direito ao conhecimento da origem genética da criança gerada pelo método da inseminação artificial, esse direito tem como base o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, à intimidade e a vida. Contudo, deve-se observar também o direito do doador e, com isso há uma colisão de direitos fundamentais, razão pela qual deve ser aplicada a técnica da ponderação dando prevalência ao direito mais sensível. Por fim, verifica-se o direito ao conhecimento da origem genética a luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

O quarto capítulo trata da autonomia privada das partes fazendo uma análise histórica do instituto decorrente da autonomia da vontade, a sua aplicação no direito de família, implicações acerca do planejamento familiar, suas limitações, além do ativismo judicial ante a ausência de norma. Este último capítulo consiste no ponto principal do trabalho que visa abordar a desconsideração da autonomia privada pelo Conselho Federal de Medicina ao impor um modelo anônimo ao doador, mesmo que as partes desejam realizar de modo diverso. Aborda-se as consequências diante dessa imposição assim como o aumento da inseminação clandestina, que é realizada de forma caseira e sem qualquer fiscalização e segurança. Ressalta-se ainda, a aplicação do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares e a atuação do judiciário ao se deparar com temas não abarcados por leis trazendo julgados paradigmáticos.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer que, diante da descontínua evolução do conhecimento se faz necessário um recorte epistemológico a fim de garantir à pesquisa sistematicidade e cientificidade de modo a contribuir para a comunidade científica.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método dialético, já que o pesquisador visa registrar fatos, analisa-los, interpreta-los e identificar suas causas. Esse método na prática visa ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar e definir modelos teóricos, relacionar hipóteses em uma visão mais unitária do universo ou âmbito produtivo em geral e gerar hipóteses ou ideias por força de dedução lógica.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

## 1. REPRODUÇÃO ASSISTIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA REFLEXÃO ACERCA DA RELEVÂNCIA DESSE DIREITO E A NORMA ÉTICA QUE O REGULAMENTA

Durante as últimas décadas, ocorreram muitas mudanças culturais e sociais, que acabaram acarretando o rompimento do conceito tradicional de família, o qual até então era baseado em uma relação triangular composta de pai, mãe e filho(s). Essas mudanças foram frutos da evolução histórica e das descobertas científicas, principalmente no ramo da Biomedicina com o surgimento dos métodos de concepção artificial que exigiram do operador do direito uma adaptação à nova realidade. Logo, na atualidade, o ato da reprodução pode ser atingido por outros métodos que não o tradicional.

Naturalmente, o direito procurou acompanhar essa evolução, inicialmente com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>, que reconheceu a igualdade de filhos gerados ou não no seio familiar, posteriormente com o reconhecimento da união estável, da família monoparental e a mais recentemente, o reconhecimento da união homoafetiva. Com isso, o advento da Constituição Federal trouxe muitas inovações no ordenamento jurídico brasileiro e agregou novos valores ao Direito de Família, pois, passou a ter novas concepções.

Uma dessas inovações foi o reconhecimento do instituto da paternidade afetiva, na qual o pai não tem laços consanguíneos com a criança ou adolescente, mas sim uma forte ligação por meio de relação de afeto. Esse modelo de família socioafetiva representa a materialização do direito que beneficia as pessoas que não podem gerar filhos consanguíneos, seja por problemas de infertilidade ou por orientação sexual, no caso dos casais homoafetivos.

Ressalta-se, portanto, que desse novo modelo de família decorrente da evolução histórica e jurídica promovida pela Constituição de 1988<sup>2</sup>, surgiram alguns assuntos importantes que norteiam o presente trabalho: o estado de filiação não biológico; os métodos de concepção não natural, o direito à origem genética, o direito à intimidade do doador do material genético, o planejamento familiar, a autonomia privada das partes na escolha do método e do doador, entre outros. É nessa concatenação de fatos que será detalhado a seguir o atual estudo.

---

<sup>1</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>2</sup>Ibidem

## 1.1 Reprodução assistida: aspectos relevantes sob a perspectiva de um direito constitucional implícito

A reprodução humana assistida é tida como o "conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciar o nascimento de uma nova vida humana"<sup>3</sup>.

Nas palavras de Andréa Aldovrandi e Danielle Galvão de França<sup>4</sup>, o método de reprodução consiste na "[...]intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade".

A procriação é considerada uma dádiva divina e condição *sine qua nom* para perpetuação de um legado familiar, não sendo desejável que determinado grupo de pessoas, seja por razão de saúde, ou por orientação sexual, privados de constituir essa importante instituição que é a família.

A Constituição Federal<sup>5</sup> reservou o Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, no entanto, esse rol não é taxativo, mas meramente exemplificativo, pois o art. 5, § 2º da CRFB ressalva que os direitos e as garantias expressamente previstos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Desse modo, podem ser verificados outros direitos fundamentais diante do caso concreto, geralmente decorrentes do princípio que é o pilar do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco<sup>6</sup>, “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Com

---

<sup>3</sup>RIBEIRO, apud ORSELLI, Helena de Azeredo. A reprodução humana medicamente assistida e seus reflexos jurídicos na filiação. *Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau*, n.13, jan/jun, 2003, p. 69.

<sup>4</sup>ALDROVANDI, Andréa, FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução Assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*. n.58, ago. 2002.

<sup>5</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>6</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.138.

isso, insere-se o direito à procriação/gestação no rol dos direitos fundamentais inerente à dignidade da pessoa humana.

Castilho<sup>7</sup> ainda considera que:

[...] analisando a situação pelo âmbito jurídico, tem-se entendido que há um direito a procriar com base nos seguintes fundamentos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se disciplina o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos arts. III, VII e XVI; b) a Constituição Brasileira de 1988, donde extrai-se o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º), do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218), da liberdade de consciência e de crença (inc. VI do art. 5º) e ainda da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226).

Destarte, com o reconhecimento desses direitos, surgiram os métodos de reprodução assistida com a finalidade de garantir a procriação, ou seja, a formação de uma família, para aqueles que, por algum motivo, estavam privados de tê-la. Ressalta-se, também, que esses métodos vieram para garantir o direito à saúde dos indivíduos com problemas de esterilidade e doenças genéticas, sendo a saúde, a vida privada e os serviços de assistência médica direitos fundamentais e nenhum indivíduo pode ser privado deles. Nesse aspecto, verifica-se que a saúde engloba a saúde reprodutiva e, por consequência, o acesso às técnicas de reprodução assistida.

Por meio desses direitos inerentes à dignidade humana, pode-se extrair que os indivíduos não podem ser privados do direito de construir uma família na modalidade que lhe convier. É facultada a escolha entre as possibilidades existentes, o momento, a forma e o meio de constituir sua família.

Após esta análise sobre os princípios inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana que garantem a procriação e a saúde, pode-se concluir que o à reprodução assistida está inserido implicitamente na Constituição.

---

<sup>7</sup>CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. A reprodução medicamente assistida e seus aspectos bioéticos e jurídico-legais. In: CASTRO, José Antônio Lima. *Temas atuais de direito civil: um enfoque constitucional*. Belo Horizonte: IEC, 2005, p. 319.

## **1.2 Ausência de norma regulamentadora sobre métodos de reprodução assistida: uma lacuna a ser suprimida**

Com a mudança dos padrões familiares, o reconhecimento e a valorização do filho não só na família conjugal, mas sócio afetiva, percebe-se que a ausência involuntária de filhos é causa de sofrimento real para muitos casais e indivíduos. Assim, como uma forma de amenizar esse sofrimento, surgem as novas tecnologias da reprodução assistida, abrindo espaço para outras escolhas, além da resignação e da adoção.

As técnicas de reprodução humana assistida aparecem como um instrumento legítimo de satisfazer o desejo efetivo de procriar, garantindo a todos o direito de constituir uma família, sendo que existem várias técnicas adequadas para cada situação. As técnicas amplamente utilizadas são: a inseminação intrauterina, a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides. Esses procedimentos podem ser realizados com os gametas do casal (reprodução homóloga) ou, em casos de esterilidade, de transmissão de doenças dominantes ou de casais homossexuais, pode-se utilizar espermatozoides do banco de sêmen ou óvulos doados, procedimento denominado de “reprodução heteróloga”.

A inseminação intrauterina (artificial), como o próprio nome sugere, é uma técnica realizada por meios artificiais para depositar os espermatozoides que foram coletados e aprovados, após análise laboratorial, no interior do útero mediante uma indução, de forma controlada, da ovulação.

A técnica da fertilização *in vitro*, conhecida como “bebê de proveta” ocorre com a fecundação realizada dentro de um laboratório e não no interior do corpo feminino, como ocorre na inseminação artificial. É uma técnica já bem consolidada, sendo que o primeiro nascimento de sucesso de um “bebê de tubo de ensaio”, Louise Brown, ocorreu em 1978. Para sua utilização há o induzimento à ovulação da mulher com a coleta do sêmen do homem. Após os óvulos serem coletados eles são identificados e classificados para que os que foram considerados capacitados serem utilizados na inseminação. Após alguns dias de fertilização os embriões são transferidos para o útero materno e, decorrido um período de repouso faz-se o diagnóstico da possível gestação.

Já na injeção intracitoplasmática de espermatozoides o recolhimento do material genético é realizado na mesma forma que na fertilização *in vitro*, contudo, veio substituir essa técnica por ser mais eficaz. Ela é realizada com auxílio de micro manipuladores unidos ao



microscópio e consiste em injetar um único espermatozoide diretamente dentro da célula feminina que está prestes a converter-se num óvulo maduro, fomentando assim a fecundação.

O tratamento de reprodução assistida é bem difundido no país, entretanto, nem todos têm acesso devido ao seu custo elevado. O governo Federal, por meio da Portaria nº 426/GM<sup>8</sup>, de 22 de março de 2005, garantiu esse tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), porém dispõe de poucas unidades que o oferecem, além do o recurso só ser disponibilizado em casos especiais como infertilidade, risco de transmissão de doenças infectocontagiosas e doenças genéticas.

O grande problema que assola a reprodução assistida é a ausência de lei específica para sua regulamentação. Diante dessa omissão legislativa, utiliza-se como parâmetro a Resolução nº 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina<sup>9</sup> (CFM), que dispõe sobre as normas éticas para sua utilização. Com relação ao registro de nascimento das crianças geradas por reprodução assistida heteróloga, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou o Provimento nº 63/2017<sup>10</sup> para regulamentar a questão registral e listar os procedimentos a serem realizados pelos Cartórios.

Ressalta-se que o Código Civil<sup>11</sup>, no art. 1.597, tratou da técnica de reprodução assistida no tocante à presunção conjugal de paternidade. Em seus incisos III, IV e V, o artigo contempla três hipóteses de presunção da filiação no casamento proveniente de reprodução assistida: primeiramente trata da técnica da fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido já tenha falecido; em seguida, prevê a presunção de paternidade na inseminação artificial eminentemente homóloga, quando se tratar de embriões excedentários e; por último, prevê a hipótese dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, com a exigência prévia da autorização do cônjuge.

Contudo, a lei civil não regulou qualquer procedimento, apenas atribuiu uma presunção relativa (*juris tantum*) de paternidade na constância conjugal, nos casos dos incisos III e IV, pois admite-se prova em contrário, e excepcionalmente, no inciso V, que trata da reprodução heteróloga, a presunção é absoluta. Nesse último caso, reconheceu a presunção

---

<sup>8</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 426/GM*, de 22 de março de 2005. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria\\_426\\_ac.htm](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>9</sup>Idem. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em 11 out. 2017.

<sup>10</sup>Idem. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 22. jan. 2018.

<sup>11</sup>Idem. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

absoluta diante do reconhecimento da paternidade socioafetiva, já que exige uma autorização prévia.

A carência de normas para regulamentação do tema na legislação brasileira gera insegurança jurídica e, diante dessa problemática, é necessária uma análise pertinente ao tema, para, a partir daí encontrar um meio de solucionar e dirimir tais percalços.

### **1.3. Reprodução Assistida pelo método não homólogo: repercussão para o doador de gametas e a sua identidade**

A reprodução assistida é subdividida em homóloga e não homóloga. O método homólogo consiste na extração do material genético do homem, sendo que este pertence ao cônjuge ou ao companheiro da mulher que será inseminada. Haverá a coleta do esperma que será congelado e, posteriormente, será introjetado no útero da mulher.

Desse modo, tanto a filiação biológica quanto a jurídica se confundem, pois, independente do vínculo socioafetivo, o doador de gametas será o pai registral, razão pela qual não há repercussão jurídica sobre o tema.

No método de reprodução assistida não homólogo, por outro lado, ocorre a intervenção de um terceiro que doa o material genético para que, posteriormente, esse seja introduzido na vagina da mulher que optou pelo método de reprodução assistida.

Conforme leciona Leila Donizetti<sup>12</sup>:

o recolhimento do material genético do homem é de um doador, ou seja, pessoa estranha à relação afetiva do casal, um terceiro que procurou este procedimento, o qual é pressuposto para essa técnica que a identidade desse doador seja mantida em segredo e o processo só poderá ser feito com a autorização do marido ou companheiro. Assim, recolhido o material genético desse doador, ele será congelado para posteriormente ser implantado na mulher.

Diferente do método analisado anteriormente, em que havia um vínculo jurídico além do socioafetivo, no método não homólogo está presente apenas o vínculo biológico. Essa hipótese, como já foi mencionado nesse capítulo, na seção 1.2, tem previsão no artigo 1.597, V, do Código Civil<sup>13</sup>, na qual exige autorização expressa do marido.

---

<sup>12</sup>DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e o Direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.4.

<sup>13</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

No entanto, esse método de reprodução assistida não é utilizado somente por casais heterossexuais, pois a sua aplicação beneficia ainda casais homossexuais e também mulheres optantes pela reprodução independente. A Constituição da República<sup>14</sup> consagra no art. 226, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, o direito de constituir família, reconhecendo como entidade familiar a formada pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis; a formada pela união estável entre o homem e a mulher; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental) e; de modo implícito, a união entre pessoas do mesmo sexo, denominada de “união afetiva”, bem como o “casamento homoafetivo”<sup>15</sup>. Sendo assim, os indivíduos que desejam se reproduzir, seja pelo método natural, ou artificial, podem optar pelo modo mais apto a constituir a sua família.

O procedimento realizado pelas clínicas que oferecem a reprodução assistida consiste em aproximar as características do doador com as do receptor, buscando um resultado mais invisível possível, de forma a minimizar as discrepâncias biológicas. Com isso, as clínicas buscam fazer uma análise das características físicas e genéticas do doador com o do receptor, entretanto, sem qualquer identificação de suas identidades. Esse sigilo tem por base a Resolução nº 2168/17<sup>16</sup> do CFM o qual tem como justificativa as possíveis consequências que as informações a respeito da origem da filiação podem gerar.

Conforme as normas do Conselho Federal de Medicina a doação do material genético é feita por alguém que doa anonimamente seu material e o faz na perspectiva de ter a absoluta ocultação de sua identidade, diante da ausência de interesse na paternidade ou qualquer responsabilização patrimonial ou afetiva, de forma a atuar, apenas, como agente auxiliador. Nesse cenário, o referido órgão de classe sustenta que deve ser mantido o anonimato dos doadores que alimentam os bancos de espermatozoides das clínicas autorizadas a utilizar os métodos de reprodução assistida.

É nesse viés que, diante da ausência de lei específica, há muita discussão em relação ao anonimato do doador, pois também deve se verificar, o direito ao conhecimento da origem

---

<sup>14</sup>Idem, op. cit., nota 3.

<sup>15</sup>O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, por ocasião dos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo e posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também permitiu o casamento civil entre homossexuais por meio da Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013. O STF, no dia 10 de maio, de 2017 equiparou os direitos sucessórios da união estável homossexual com a de um casamento civil. Assim, um indivíduo que mantinha relação homossexual em união estável com outro falecido terá direito à metade de seus bens, como no casamento, e não apenas a um terço, como previsto no Código Civil.

<sup>16</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

genética da criança concebida e, sobretudo o direito ao planejamento familiar o qual insere a autonomia privada da parte receptora do material em poder escolher o seu doador de gametas.

Ressalta-se, ainda, que, no Brasil, a doação de material genético nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Assim, salienta Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz<sup>17</sup>:

a base de toda a bioética é a garantia constitucional da dignidade humana. E, por conseguinte, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer legislação que venha a surgir sobre a reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional, que não pode tratar a pessoa como meio para lucrar financeiramente ou para obter resultados em uma pesquisa científica, por exemplo, utilizando-a como cobaia, mas sim, tratá-la com qualidade e respeito.

A proibição de comercialização do material genético tem por base o art. 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal que proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados. Sendo assim, a proibição da comercialização torna a relação jurídica entre o doador e a clínica que colhe o material, um contrato de doação<sup>18</sup>.

#### **1.4. Resolução nº 2168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina: questões éticas na reprodução heteróloga**

Como explicitado anteriormente, inexistente norma regulamentadora sobre técnica de reprodução assistida, razão pela qual se utiliza como parâmetro a Resolução nº 2168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina<sup>19</sup> (CFM) que trata das questões éticas do médico e da clínica que realiza o procedimento.

As normas editadas pelo CFM são progressivas, pois, sofrem alterações, com o passar do tempo de forma a suprir as necessidades que surgem com a evolução da sociedade e da medicina. Nesse interim, inicialmente, foi editada a Resolução nº 1.358/92<sup>20</sup> que

<sup>17</sup>FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização*. Curitiba: Juruá, 2011, p.48.

<sup>18</sup>Art. 538, do CC – “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

<sup>19</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>20</sup>Idem. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358*, de 19 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

foi revogada pela Resolução n° 1.957/10<sup>21</sup>, atualizada pela Resolução n° 2.013/13<sup>22</sup>, posteriormente revogada pela Resolução n° 2121/2015<sup>23</sup> e por último pela então vigente Resolução n° 2168/2017<sup>24</sup>.

Uma das alterações ocorridas em 10 de novembro de 2017, com a publicação da Resolução n° 2168<sup>25</sup>, foi a ampliação do rol de familiares para cessão temporária de útero na gestação por substituição, já que a regra anterior permitia a cessão temporária de útero para mãe, avó, irmã, tia e prima da paciente ou do marido; a partir da nova resolução, parentes consanguíneos descendentes, como filhas e sobrinhas, também foram incluídas.

Entre as novidades destaca-se também a inclusão de questões sociais na avaliação médica para utilização de reprodução assistida, inclusive, contemplando pacientes em tratamento oncológico e a possibilidade de doação voluntária de óvulos, de mulheres que não estão fazendo o tratamento, para ajudar outras mulheres que estão tentando engravidar. Anteriormente, a doação de gametas já era permitida aos homens que podiam doar para bancos de esperma. Para doação de óvulos, as mulheres devem ter, no máximo, 35 anos de idade, já os homens a idade máxima para doar é de 50 anos.

No mais, mantiveram-se as regras anteriores como: limitação da idade de 50 anos da mulher que submeta à reprodução assistida; a permissão de mulheres a cima dessa faixa etária quando for assumido o risco em consentimento livre; a escolha do sexo, apenas, nas hipóteses para evitar doenças ligadas ao filho que venha nascer e limitação do número de embriões transferidos de acordo com a faixa etária.

Embora essa norma tenha um condão apenas ético, já que não possui força de lei, ela elenca os princípios gerais para utilização das técnicas de reprodução assistida, que devem ser observados diante da inexistência de regulamentação, como parâmetro interpretativo para o direito. Outrossim, têm-se com esses princípios algumas vedações como: não opção pelo receptor da escolha do sexo ou qualquer característica biológica da possível criança a ser gerada; a não utilização da técnica caso ocorra algum risco grave à saúde da paciente ou do

---

<sup>21</sup>Idem. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 1.957*, de 06 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>22</sup>Idem. Conselho Federal de Medicina *Resolução n° 2.013*, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>23</sup>Idem. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 2.121*, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2121/2015\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2121/2015_2015.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

<sup>24</sup>Idem, op. cit., nota 15.

<sup>25</sup>Idem, op. cit., nota 7.

possível descendente; vedação de comércio de material genético e; o consentimento expresso do paciente ou casal por meio do “termo de consentimento informado”.

Dessa forma, qualquer pessoa capaz que tiver escolhido uma das técnicas de reprodução assistida e, que não esteja inserido em nenhuma limitação imposta pela Resolução, poderá utilizar-se desses métodos, porém, com a expressa anuência de todos os envolvidos, inclusive o doador.

No tocante ao doador, o CFM ao regular as questões éticas da reprodução assistida impõe aos médicos a utilização do modelo de anonimato, sob o fundamento da manutenção de um número razoável de doadores. Ressalta-se que Antônio Chaves<sup>26</sup> adverte que o sigilo da identificação dos doadores nos bancos de sêmen tem como “principal função evitar o direito à investigação de paternidade, a reivindicação de alimentos, bem como a de herança”.

Eduardo de Oliveira Leite<sup>27</sup> justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato.

Contudo, a Resolução estabelece situações especiais, nos casos de doença, nas quais a informação dos dados sobre o doador pode ser fornecida, mitigando o direito ao anonimato. Entretanto, os dados só podem ser fornecidos exclusivamente para os médicos, mantendo, de certa forma, resguardada da identidade civil do doador. Nesse interim, a resolução preserva o direito à saúde do filho sem deixar de resguardar a identidade civil do doador.

Todavia, ao impor o modelo do anonimato, o CFM interfere na esfera privada e no núcleo decisório das partes, com lastro no planejamento familiar e na autonomia privada, que compete tão somente ao doador e ao receptor. Com a proibição de que os doadores e os receptores não conheçam a identidade uns dos outros, o órgão age de forma impositiva, sem levar em consideração a vontade daqueles que serão o alvo da proteção.

---

<sup>26</sup>CHAVES, apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 801.

<sup>27</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 145.

## 2. ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO DOS MODELOS DE DOADOR IMPOSTOS NOS PAÍSES QUE POSSUEM NORMA REGULAMENTADORA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

A fundamentação para manter o anonimato do doador do material genético na reprodução assistida heteróloga se dá ante as possíveis consequências que podem ser geradas a respeito do conhecimento da origem genética da pessoa que foi concebida, bem como integrar a criança a família e evitar qualquer tipo de constrangimento entre eles.

Analisa Albertino Daniel de Melo<sup>28</sup>:

O anonimato do pai biológico, na hipótese de artifícios heterólogos, seria visto como isenção de responsabilidade em face do filho, baseada a isenção na circunstância de o não ter desejado. A suspensão do princípio seria excepcional para as circunstâncias em que fosse notório o risco de incesto e de propagação de doenças ex genesi; portanto, não reabilitaria a responsabilidade.

Paralelamente, há também o argumento se que o anonimato do doador não só facilita a integração da criança à família, como também evita discriminações, pela situação peculiar em que a criança foi gerada.

Nessa linha, expõe Guilherme Gama<sup>29</sup>:

O anonimato dos pais naturais - na adoção - e na pessoa do doador - na reprodução assistida heteróloga - se mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.

O Brasil é carente de regulamentação no tocante à reprodução assistida heteróloga, mas como foi visto no primeiro capítulo a Resolução nº 2.168/17 do CFM<sup>30</sup> zela pelo sigilo dos dados do doador. Desse modo, passa-se ao estudo do anonimato do doador de gametas no ordenamento jurídico pátrio, bem como examina-se os países que possuem normas que regulamentam a reprodução assistida e os modelos de doador adotados (anônimo, identificado e *double track*), sem, contudo, aprofundar o assunto. Ao final, analisa-se a aplicação do modelo *double track* no Brasil.

<sup>28</sup>MELO, Albertino Daniel de. *Filiação Biológica: tentando diálogo direito*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Grandes temas da atualidade – DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.5.

<sup>29</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 903

<sup>30</sup>BRASIL, op cit, nota 7.

## 2.1. A preservação do anonimato do doador de gametas no Brasil: garantia do direito à intimidade

O direito ao anonimato encontra respaldo no direito à intimidade, previsto art. 5º, X, da CRFB/88<sup>31</sup> e na Resolução nº 2.168/17, do CFM<sup>32</sup>, no capítulo IV, das Doações de Gametas ou Embriões, que imputa obrigatoriamente o sigilo sobre a identidade dos doadores, assim como os receptores. O direito à intimidade compreende a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, ou seja, as aspirações, pensamentos, ideias e sentimentos. É o que pertence exclusiva e essencialmente ao indivíduo para o desenvolvimento pleno de tais faculdades.

Nessa esteira, enfatiza Alexandre de Moraes<sup>33</sup>:

o direito à intimidade e à vida privada apresentam-se, como o direito de que gozam os indivíduos de defenderem e preservar uma esfera íntima em suas vidas, tanto a esfera mais exclusiva (intimidade), como o âmbito de fatos e acontecimentos compartilhados com pessoas íntimas (vida privada), dando possibilidade às pessoas de um modo geral para que desenvolvam com liberdade e plenitude sua personalidade livre da interferência de terceiros.

O sigilo dos dados do doador inicia-se com a assinatura do termo de consentimento de doação, na qual o doador abre mão de todos os encargos e obrigações da paternidade. O objetivo da manutenção do anonimato é evitar que sejam constituídas relações entre o doador e a criança, bem como ações de reconhecimento de paternidade e direitos sucessórios. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite explicita de forma bem objetiva<sup>34</sup>:

O anonimato é, ao mesmo tempo, a garantia da autonomia e da expansão da família que se funda e a proteção leal do desinteresse que ali predomina. A convergência destas duas considerações – sendo que a primeira age em favor da criança – explica que, na hierarquia dos valores, elas sobrepõem conjuntamente o pretendido direito ao conhecimento de sua origem. As regras aqui propostas valem tanto para a doação do esperma quanto a doação dos óvulos. Se estas duas operações são diferentes tecnicamente, e de dificuldade desigual (...) estas diferenças não são suficientes a se sobrepor as consequências, no que diz respeito a seu tratamento jurídico.

Com a identificação do doador, por meio da divulgação de seus dados, poderiam ocorrer relações de fato e de direito entre a criança e ele – o oposto do objetivo inicial das partes envolvidas.

O Conselho Federal de Medicina, por meio de sua Resolução nº 2.168/17<sup>35</sup>, adverte que o anonimato somente pode ser quebrado nos casos de doenças genéticas, para salvaguardar

<sup>31</sup>Idem, op. cit., nota 3.

<sup>32</sup>Idem, op. cit., nota 7.

<sup>33</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

<sup>34</sup>LEITE, Eduardo Oliveira. Os sete pecados do novo direito de família. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.94, n.833, p.66-81, mar. 2005.

<sup>35</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.



o direito à vida. Contudo, somente poderão ser revelados os dados do doador para outro profissional da saúde. Sendo assim, essa quebra não fere o direito à intimidade do doador, que continua com a sua identidade civil resguardada.

Nessa linha, Cunha<sup>36</sup> defende a intimidade do doador de material genético:

O direito à intimidade consiste na proibição de qualquer forma de divulgação dos dados de nossa existência sem a devida autorização da pessoa, no sentido de que todos tem o direito à reserva sobre o conhecimento de sua vida íntima. Em outras palavras, a intimidade é a autonomia inerente ao ser humano de preservar os aspectos íntimos de sua vida, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, referem-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo. Assim, sendo, não poderia haver entendimento diverso nos casos de Reprodução Humana Assistida, nos quais o doador de material genético tem o direito de manter em segredo a sua identidade, preservando a sua intimidade.

O doador de gametas age com um gesto de altruísmo, de solidariedade ao próximo e, em razão disso, o Conselho Federal de Medicina defende a preservação e salvaguarda do anonimato na reprodução assistida heteróloga. O doador, ao ceder seu material genético, está contribuindo para a realização do sonho de uma pessoa desconhecida ter um filho. Contudo, o anonimato deve ser ponderado com outros direitos fundamentais, quais sejam; intimidade e personalidade da pessoa gerada. Além dos referidos direitos, deve ser verificada, no caso concreto, a autonomia privada das partes, pois o doador pode abrir mão de sua privacidade ao permitir que sua identidade seja revelada.

## **2.2. Análise histórica do anonimato do doador de gametas no direito comparado: países que possuem norma regulamentadora e o tratamento das questões divergentes**

Faz-se uma análise no direito comparado para verificar os países que regulamentaram as técnicas de reprodução assistida, sendo que alguns países adotaram a política do anonimato do doador (França, Itália, Hungria, Espanha e Dinamarca); outros admitiram, apenas, o modelo identificável (Suécia, Reino Unido e Alemanha); e de forma alternativa, um terceiro grupo de países adotaram modelo *double track*<sup>37</sup> (Estados Unidos, Bélgica e Canadá), no qual o casal pode optar pelo modelo de doador que mais lhe agrada: doador anônimo ou não.

<sup>36</sup>CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução humana assistida: direito à identidade genética x Direito ao anonimato do doador*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>37</sup>O termo *double track* foi utilizado pela juíza federal Cláudia Maria Guimarães em sua Dissertação de Mestrado na PUC-MG. GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Limites e desafios associados à doação de gametas*

Inicia-se a análise pelos países que adotaram o sistema de não identificação do doador:

A França foi o primeiro país a regulamentar formalmente o anonimato de doadores de gametas, por meio do *Center d'Études et de Conservation des Oeufs et du Sperme Humains* (CECOS)<sup>38</sup>, no ano de 1973. Posteriormente, em 1994, foi promulgada uma lei específica para reprodução assistida (MAP) e, em seguida, tornou-se um apêndice do Código de Saúde Pública – *Public Health Code* (Lei 1211-5)<sup>39</sup>. A França também possui uma lei específica para a Reprodução Humana Assistida no Código Penal, o Statute n° 800, de 2004<sup>40</sup>, que permite a fecundação homóloga e a heteróloga de forma anônima.

A legislação francesa prevê que o anonimato somente poderá ser revelado ao médico e ao paciente em situações em que haja uma patologia nas quais seja imprescindível a identificação do doador. A doação e o congelamento de gametas e embriões são permitidos.

Importante observar que, segundo Laurence Brunet e Jean-Marie Kunstmann<sup>41</sup>:

o conceito de anonimato na França não foi adaptado especificamente para a doação de gametas. O anonimato é aplicado à doação de todas as partes e produtos do corpo humano, como corolário do princípio da gratuidade. Juntos, anonimato e gratuidade, ancoram um terceiro princípio, fundamental para a lei francesa, o qual prescreve que o corpo humano e seus produtos não podem ser utilizados como *comodities*.

A justificativa para a França adotar o sistema de anonimato do doador<sup>42</sup> é que, com a manutenção do sigilo da identidade dos doadores e receptores, a legislação busca prevenir a

---

no Brasil, à luz do direito estrangeiro: a aplicabilidade do sistema double track no ordenamento jurídico pátrio. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas -Belo Horizonte, 2016.

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Limites e desafios associados à doação de gametas no brasil, à luz do direito estrangeiro: a aplicabilidade do sistema double track no ordenamento jurídico pátrio*. Belo Horizonte, 2016. Dissertação de mestrado.

<sup>38</sup>FRANÇA. *Center d'Études et de Conservation des Oeufs et du Sperme Humains* - CECOS. Disponível em: <<https://www.cecos.org/node/4204>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>39</sup>Idem. *Lei n° 1211-5*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006686063&dateTexte=&categorieLien=cid>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>40</sup>Idem. *Code Civil of 20 February 2004*. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code\\_22.pdf&ei=UgP2VPOhLpe1yATO34G4Bg&usq=AFQjCNG9WyQsA6iRNF1YoH3CVOF73H6iXQ&bvm=b.87269000%2cd.aWw&cad=rja](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf&ei=UgP2VPOhLpe1yATO34G4Bg&usq=AFQjCNG9WyQsA6iRNF1YoH3CVOF73H6iXQ&bvm=b.87269000%2cd.aWw&cad=rja)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>41</sup>BRUNET, Laurence; KUNSTMANN, Jean-Marie. *Gamete donation in France: the future of the anonymity doctrine*. *Med Health Care and Philos*, n°. 16, 2013, p. 69-81.

<sup>42</sup>Laurence Brunet e Jean-Marie Kunstmann (Ibidem) salientam que na França o impacto da política do anonimato nas famílias não foi levado em conta porque casais que utilizaram a técnica tendem a manter segredo acerca do procedimento. Segundo esses doutrinadores, a maioria dos casais que usaram inseminação artificial heteróloga nos anos de 1970 e de 1980 disse que foram pressionados para manter o segredo em duas frentes: era difícil para eles confidenciar aos amigos e à própria família que planejavam conceber uma criança por meio de doação de esperma por receio de serem rejeitadas com o membros da família, em especial pelos avós, e, de outro lado, o receio da criança futuramente desejar conhecer e ter alguma conexão com o doador. Assim, nos anos de 1970 e de 1980 os médicos aconselhavam às famílias a manter o segredo, a “esquecer” que a criança foi concebida por meio de doação de esperma.

comercialização de partes, bem como produtos (gametas) do corpo humano mediante acordos privados<sup>43</sup>. Doutrinadores<sup>44</sup> franceses sustentam, ainda, que o anonimato mantém a estabilidade nas relações familiares.

A Itália é um dos países cuja legislação sobre a reprodução assistida era a mais rigorosa por sofrer forte influência religiosa do Vaticano e somente permitia a redução assistida homóloga. Contudo, no dia 9 de abril de 2014, a Corte *Costituzionale* proferiu a *sentenza* 162/2014<sup>45</sup>, a qual declarou inconstitucional o §3º, art. 4º da Lei nº 40/2004<sup>46</sup>, que proibia o uso da técnica de reprodução assistida heteróloga. A decisão foi pautada no princípio da igualdade, pois a proibição discriminava casais inférteis, os quais somente poderiam optar pela adoção para constituir família. Essa decisão foi um marco histórico, pois, a partir dela a doação de gametas passou a ser permitida em todos países da Europa tendo em vista que, a Itália era o único país que proibia. Desse modo, com a permissão da doação de gametas na reprodução assistida heteróloga, as taxas de gravidez aumentaram no país. A Itália adotou o modelo do anonimato para o doador de gametas.

Na Hungria, antes de 1997, a reprodução assistida não tinha qualquer regulamentação, com exceção de alguns decretos que limitavam o procedimento a mulheres de até 45 anos. Logo, em 1997, a reprodução assistida teve sua primeira regulamentação no país, por meio do *Hungarian Act on Health Care (Act CLIV/1997)*<sup>47</sup>, considerado um dos estatutos mais liberais nessa seara, já que autorizava doação de gametas, doação de embriões e gestação em substituição, mas desde que a gestante em substituição fosse parente próxima da mãe ou do pai, contasse com idade entre 25 e 40 anos e já tivesse ao menos um filho.

Em 1997, o Act foi emendado e, a partir de então, a cessão temporária de útero, seja altruísta ou comercial, tornou-se ilegal na Hungria. Atualmente, a reprodução assistida está regulamentada no *Act on Health, Chapter IX*, de 2007<sup>48</sup>, e pelo Decreto Ministerial 30, de 1998<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup>THOUVENIN, D. Les lois du 1er juillet 1994 et du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique. Actualité législative Dalloz, apud BRUNET, Laurence, KUNSTMANN, Jean-Marie. *Gamete donation in France: the future of the anonymity doctrine*. Med Health Care and Philos, pp. 69-81, 2012.

<sup>44</sup>BRUNET; KUNSTMANN, op cit, nota 71.

<sup>45</sup>ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>> . Acesso em: 12 jan. 2018.

<sup>46</sup>Idem. *Lei nº 40/2004*. Disponível em:< <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>> Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>47</sup>HUNGRIA. *Act CLIV/1997*. Disponível em: < <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex10.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>48</sup>BUSARDO, et al. The evolution of legislation in the field of medically assisted reproduction and embryo stem cell research in european union members. *BioMed Research International*, vol. 2014, article ID 307160, p. 6 – 7, 2014.

<sup>49</sup>HUNGRIA. *Decreto Ministerial nº 30, de 1998*. Disponível em: <[http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid](http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid)

A legislação húngara prevê que a doação de gametas não pode ter intuito lucrativo, não obstante a previsão de reembolso de despesas e recompensa pelos incômodos causados. Conforme os dados da *Hungary in Figures 2010*<sup>50</sup>, a Hungria também tem sido considerada um destino atrativo para o turismo reprodutivo, em razão do custo benefício em relação ao preço cobrado pelo tratamento, a qualidade do serviço prestado e a preservação do anonimato do doador. A pesquisa constatou que 4,5% dos visitantes estrangeiros estavam em busca do tratamento de reprodução assistida.

Na Espanha, a reprodução assistida é regulamentada pela Lei nº 14, de 27 de maio de 2006<sup>51</sup> e pela Lei de Bioética 14, de 3 de julho de 2007<sup>52</sup>. A legislação espanhola permite a doação de gametas, bem como óvulos e embriões, contudo, é proibida a sua venda. Não obstante a venda ser proibida, é permitido o reembolso das despesas pelo doador e uma recompensa pelos inconvenientes dos ocorridos com o procedimento de doação.

O país adota o modelo do anonimato do doador e os bancos de dados devem garantir o sigilo. Com relação ao conhecimento da origem genética pela criança gerada, ela tem direito de obter informações acerca do doador, mas somente as informações de caráter geral, não sobre sua identidade.

Na Dinamarca, a reprodução assistida está regulamentada desde junho de 1997, pela Lei 460<sup>53</sup>, emendada em 8 de junho de 2006, pela Lei 535<sup>54</sup>. O país tem um dos maiores bancos de esperma do mundo criado por Ole Schou, o Cryos Internacional Sperm Bank<sup>55</sup>, localizado na cidade de Aarhus. O método utilizado é a garantia do anonimato dos doadores, os quais são identificados apenas por números. O material dos doadores somente é vendido aos médicos e são descritos com as características fenotípicas do doador como: cor da pele, cabelos, olhos, altura e peso. Segundo Ole Schou<sup>56</sup>, o que garante o sucesso de sua empresa é a qualidade do material e a garantia do anonimato. Para ele, a maioria dos receptores não tem interesse em

---

=99800030.NM>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>50</sup>Idem. *Hungary in Figures 2010*. Disponível em: <[http://www.ksh.hu/pls/ksh/docs/hun/xftp/idoszaki/hif/hungary\\_in\\_figures\\_2010.pdf](http://www.ksh.hu/pls/ksh/docs/hun/xftp/idoszaki/hif/hungary_in_figures_2010.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>51</sup>ESPAÑA. *Lei nº 14*, de 27 de maio de 2006. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>52</sup>Idem. *Lei de Bioética 14*, de 3 de julho de 2007. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/pdfs/A28826-28848.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>53</sup>PATTINSON D. *Shaun Medical Law Review*, Volume 10, Issue 3, 1 January 2002, Pages 295–307, publicado no site oficial do Cryos Internacional Sperm Bank. Disponível em: <<http://dro.dur.ac.uk/3270/1/3270.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>54</sup>Ibidem.

<sup>55</sup>DINAMARCA. *Cryos Internacional Sperm Bank*. Disponível em: <<https://dk.cryosinternational.com/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>56</sup>MANZOOR, Sarfraz. *Come inside: the world's biggest sperm bank*. The Guardian, 2 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2012/nov/02/worlds-biggest-sperm-bankdenmark>>. Acesso em: 26 out. 2015.

conhecer o doador e, mais do que isso, nunca vão querer que seus filhos saibam que pai chegou via FedEx<sup>57</sup>.

Entretanto, faz-se uma ressalva, pois, o Cryos Bank fornece esperma não só de doadores anônimos, como também daqueles que autorizam sua identificação. A grande importância dos doadores identificáveis é o fato de o banco fornecer esperma para países que não permitem mais o anonimato do doador. Se a mulher que comprar gametas pela internet for de um país que banuiu o anonimato só poderá optar pelo doador identificável, a não ser que a compra seja realizada fisicamente na Dinamarca<sup>58</sup>.

Passa-se à análise da norma dos países que baniram o anonimato.

A reprodução assistida na Suécia é atualmente regulamentada pelo *Genetic Integrity Act 351*<sup>59</sup>, de 18 de maio de 2006, e pelo *Biobanks in Medical Care Act 297*<sup>60</sup>, de 23 de maio de 2002, que regulamenta como é feita a coleta, o armazenamento, o emprego e qual o propósito do material biológico a ser utilizado. A Suécia foi o primeiro país a banir o anonimato do doador por meio do *Swedish Insemination Act 1984*. A partir de então, a pessoa concebida, após atingir a maioridade, tem o direito de acessar os arquivos referentes ao doador na clínica onde foi feito o procedimento<sup>61</sup>.

Conforme Glennon<sup>62</sup>, a justificativa para o banimento do anonimato de doadores de gametas na Suécia foi a necessidade de igualdade de tratamento entre adotados e concebidos por meio de doador de gametas.

Segundo Brigitte Clark<sup>63</sup>, duas décadas depois de a legislação que banuiu o anonimato de doadores de gametas ter entrado em vigor, estudos indicam que os pais sociais suecos estão se sentindo mais confortáveis com a divulgação das circunstâncias da concepção de seus filhos.

Um estudo realizado pelo professor Dinamarquês Gottlieb, em 2000, mostrou que apenas 11% deles haviam informado seus filhos sobre o uso de doador de gametas (cinco anos

---

<sup>57</sup>FeedEx é uma empresa que oferece serviços para o envio de encomendas expressas e cargas internacionais.

<sup>58</sup>MANZOOR, op cit.

<sup>59</sup>SUÉCIA. *Genetic Integrity Act 351*. Disponível em: <<http://www.smer.se/news/the-genetic-integrity-act-2006351/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>60</sup>Idem. *Biobanks in Medical Care Act 297*. Disponível em: <<http://biobanksverige.se/wp-content/uploads/Biobanks-in-medical-care-act-2002-297.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>61</sup>BRUNET, Laurence; KUNSTMANN, Jean-Marie. *Gamete donation in France: the future of the nonymity doctrine*. Med Health Care and Philos, no. 16, 2013, p. 69-81.

<sup>62</sup>GLENNON, Theresa. UK and US perspectives on the regulation of gamete donation. In RICHARDS, M.; PENNING, G.; APPLEBY, J.B. *Reproductive Donation. Practice, policy and bioethics*. New York: Cambridge University Press, p. 90-111, 2012.

<sup>63</sup>CLARK, Brigitte. *A balancing act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins*. Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 40, no. 3, 2012, p. 619 – 661.

e meio era a média de idade dessas crianças) e 41% tinham intenções de revelar mais tarde, considerando que a média de idade das crianças era de três anos e meio<sup>64</sup>.

Outro estudo de 2006 revelou que 75% dos pais sociais tinham a intenção de revelar detalhes da concepção a seus filhos<sup>65</sup>. Por fim, um estudo publicado em 2011 constatou que 90% dos pais que utilizaram doador de gametas para conceber filhos haviam contado a eles sua origem genética<sup>66</sup>.

Clark<sup>67</sup> explicita que os principais motivos citados por 90% dos pais sociais suecos entrevistados foram:

o desejo de evitar o risco de uma descoberta acidental e o reconhecimento de que as crianças têm o direito fundamental de saber sua origem genética. Os demais 10% disseram que inseminação artificial e fertilização *in vitro* heteróloga constituem uma questão privada dos pais, que detêm a prerrogativa exclusiva de revelar ou não os detalhes da concepção dos filhos.

No Reino Unido, a reprodução assistida e as pesquisas em embriões humanos atualmente são regulamentadas pelo *Human Fertilization and Embryology Act*<sup>68</sup>, de 13 de novembro de 2008 (HFE Act), o qual alterou o *Human Fertilization and Embryology Act* 1990, e o *Surrogacy Arrangements Act* 1985, por meio de emendas.

O *Human Fertilization and Embryology Authority* (HFEA)<sup>69</sup> é a autoridade responsável pelo licenciamento e monitoramento de clínicas de fertilidade do Reino Unido, de todas as pesquisas do Reino Unido envolvendo embriões humanos, que transmite informações imparciais e autorizadas ao público.

A legislação é rígida no que se refere à necessidade de consentimento expresso das partes envolvidas no processo de inseminação, tanto para a armazenagem do material quanto para inseminação. Na Inglaterra vigora o princípio da supremacia do Parlamento o qual não dá margem para apreciação judicial sobre questão tratada em legislação aplicada.

Vicente<sup>70</sup> explica que os preceitos legais na Inglaterra tendem a ser minuciosos, extensos e, por vezes, até prolixos. Não há, no Direito inglês, cláusulas gerais e nem conceitos

---

<sup>64</sup>GOTTLIEB; et al. *Disclosure of donor insemination to the child: the impact of Swedish legislation on couples attitudes*, Human Reproduction, no. 15, 2000, p. 2052 –2056.

<sup>65</sup>CLARK Apud ISAKSSON, op. cit.

<sup>66</sup>Ibidem.

<sup>67</sup>Ibidem.

<sup>68</sup>REINO UNIDO. *Human Fertilization and Embryology Act* Disponível em: <[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga\\_20080022\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2018.

<sup>69</sup>O HFEA é dedicado ao licenciamento e monitoramento de clínicas de fertilidade do Reino Unido e a todas as pesquisas do Reino Unido envolvendo embriões humanos, e fornecendo informações imparciais e autorizadas ao público.

<sup>70</sup>VICENTE, Dário. *Direito Comparado*, v. I, 3. ed. Lisboa: Almedina, 2014, p.226-228.

jurídicos indeterminados. Ocorrendo conflito entre a lei e a jurisprudência, deve prevalecer a lei, diante da sua superioridade. O Parlamento inglês só exerce censura sobre as leis apenas no momento da sua eleição.

O anonimato dos doadores de gametas foi abolido, no Reino Unido, no ano de 2005, e, desde então, todas as pessoas concebidas pela reprodução assistida têm o direito de conhecer sua origem genética quando atingirem a maior idade. De outro lado, os doadores não têm o mesmo direito, porque as informações da pessoa gerada pelo seu material são limitada; apenas lhe é informado se a doação resultou no nascimento com vida, o sexo da criança e o ano em que nasceu.

Interessante notar que a alteração legislativa que aboliu o anonimato do doador foi precedida de consultas públicas, denominada *Donor Information Consultation*. Essa consulta foi realizada em vários anos, inicialmente teve uma maior rejeição e posteriormente contou com a maioria favorável ao fornecimento de informações dos doadores de gametas aos concebidos pelo método<sup>71</sup>.

Ressalta-se que as informações sobre o doador somente podem ser fornecidas ao interessado, não sendo permitido seu fornecimento aos pais, avós ou qualquer outra pessoa, a menos que conte com uma ordem judicial que assim o determine<sup>72</sup>.

Em outubro de 2014, no Reino Unido, foi criado o *National Sperm Bank*, primeiro banco de esperma público no mundo, financiado integralmente com recursos públicos, cujo objetivo principal é recrutar doadores. Contudo, após dois anos de sua criação, em 2016, parou de recrutar doadores, pois, nesse período, recrutou apenas sete doadores e não conseguiu arcar com os altos custos<sup>73</sup>. Foi constatado que o Reino Unido vem sofrendo com a escassez de doadores de gametas pelo fato de a compensação sofrer limitação de valores fixados por lei<sup>74</sup>, pela abolição do anonimato e a limitação de 10 famílias originadas do mesmo doador<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup>WARE, Jessica. German court case may put an end to a sperm donor's anonymity. Bionews, 11 fev. 2013. Disponível em: <[http://www.bionews.org.uk/page\\_251346.asp](http://www.bionews.org.uk/page_251346.asp)>. Acesso em: 12 jan. 2017.

<sup>72</sup>REINO UNIDO. *Human Fertilization and Embryology Authority*. Disponível em: <<http://hfeaarchive.uksouth.cloudapp.azure.com/www.hfea.gov.uk/548.html>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

<sup>73</sup>LEA, Laura. *UK's national sperm bank stops recruiting donos*. Notícia no site da BBC UK do dia 27 de outubro de 2016. <Disponível em: <http://www.bbc.com/news/uk-37786576>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>74</sup>A limitação dos valores compensatórios é uma política aplicada aos países que fazem parte da União Europeia, a qual regulamenta que a doação de gametas é voluntária e gratuita, e que a compensação é feita somente para os inconvenientes ligados à doação.

<sup>75</sup>GLENNON, Theresa. UK and US perspectives on the regulation of gamete donation. In RICHARDS, M.; PENNING, G.; APPLEBY, J.B. *Reproductive Donation: Practice, policy and bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 90-111.

A justificativa para o banimento do anonimato do doador de gametas no Reino Unido é a mesma apresentada pela Suécia: a igualdade de tratamento entre adotados e concebidos pela doação de gametas.

A reprodução assistida na Alemanha é regulada pelo *German Embryo Protection Act (Embryonen-schutzgesetz)*<sup>76</sup>, de 13 de dezembro de 1990. Desde sua promulgação, não houve modificação. De acordo com essa lei, só é permitido o uso de sêmen do tipo homólogo. A doação de óvulos é permitida e as mulheres que se submetem a esse ato devem ser casadas e ter o consentimento do parceiro. O uso do útero de substituição é proibido<sup>77</sup>.

Na Alemanha, só podem ser beneficiários da técnica de reprodução assistida pela forma heteróloga os casados formalmente. Já a modalidade homóloga pode ser realizada não só pelas pessoas casadas, mas também pelos casais que vivem em união estável. A utilização da técnica da fertilização *in vitro* somente é permitida na forma homóloga e não é permitida a fertilização *in vitro* usando material genético de doador.

A lei germânica especifica o máximo de três embriões a serem transferidos a cada ciclo, quantidade determinada por critério médico. Não há menção à idade em que as mulheres podem ser submetidas ao tratamento e ao descarte de embriões. Não é permitida a reprodução *post mortem*, bem como a redução embrionária<sup>78</sup>.

Duas importantes decisões judiciais, uma de 2013 e outra de 2015, baniram o anonimato para doadores de esperma na Alemanha e reconheceu o direito ao conhecimento à origem genética. A primeira decisão, de 6 de fevereiro de 2013, da Corte de Apelação de Hamm (*Oberlandesgericht Hamm*), processo I-14U7/12<sup>79</sup>, reverteu a decisão de primeira instância da Corte de Essen e reconheceu que a origem genética é um direito fundamental da personalidade, que não se confunde com as disposições constantes no Direito de Família, e os concebidos via doação de esperma podem exigir que lhes seja informado o nome do seu “pai biológico”.

O principal fundamento dessa decisão foi que os direitos dos concebidos não são afetados pelos acordos de confidencialidade realizados entre doadores e receptores. Ressalta-se, ainda, que constou na decisão que tanto o médico que realizou o procedimento como o doador de esperma se encontra em posição menos vulnerável do que a da pessoa gerada com

<sup>76</sup>ALEMANHA. *Embryo Protection Act. 1990*. Disponível em: <<http://justiceservices.gov.uk/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=23499&l=1>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

<sup>77</sup>Idem. *The center of bioethics e human dignity*. Disponível em: <<https://cbhd.org/content/g12-country-regulations-assisted-reproductive-technologies>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

<sup>78</sup>Ibidem.

<sup>79</sup>Idem. *Oberlandesgericht Hamm*. Disponível em: <<http://news.doccheck.com/en/921/donor-affair-low-tide-in-the-seed-bank/>>. Acesso em: 13 jan. 2018.



material genético do doador, pois eles teriam como prever as consequências da doação caso o concebido viesse a requerer as informações.

Na Alemanha, apesar de não existir um registro nacional de doadores, o tempo mínimo para manter arquivado a documentação relativa à doação de gametas era 30 anos e, após essa decisão da Corte de Hamm, em 2013, o governo alemão expediu um decreto determinando que os registros dos doadores devem ser mantidos indefinidamente<sup>80</sup>.

A segunda decisão, de 28 de janeiro de 2015, de *Bundesgerichtshof* (tribunal equivalente ao STJ no Brasil), processo XII ZR 201/13<sup>81</sup>, entendeu que as crianças geradas por reprodução assistida, por meio da doação de gametas, têm o direito de acessar as informações do doador. Salieta que a decisão reconheceu que o acesso aos dados do doador independe da idade da pessoa gerada, não sendo necessário a criança completar a maior idade e, ainda, entendeu que o direito de conhecer a origem genética prevalece sobre a privacidade do doador.

Quanto ao direito de privacidade do doador de esperma, a Corte entendeu que, com base na Constituição alemã, foi superado pelo direito da criança a conhecer o seu patrimônio genético, porquanto quando o doador ao concordar em participar no processo reprodutivo, teve que aceitar uma certa responsabilidade social e ética em relação à criança.

Por fim, analisa-se os países que adotaram a política de *double track* para os doadores de gametas.

O termo inglês *double track* pode ser traduzido como “via dupla”. No campo da reprodução assistida heteróloga, significa que a pessoa que opta pela reprodução utilizando material de terceiro, doador de gametas, pode optar pelo modelo que mais lhe convém: o anônimo ou identificável. Esse tipo de sistema está pautado na autonomia privada da vontade das partes que optam por esse tipo de tratamento.

Inicia-se a análise pelos Estados Unidos, o qual predomina a política do *laissez faire* que significa que não há interferência governamental. Logo, a reprodução assistida não possui regulamentação estatal.

Nesse sentido, Glennon<sup>82</sup> afirma que todas as decisões afetas à doação de gametas, desde o pagamento aos doadores até aquelas afetas aos interesses da criança porventura concebida por meio de doação de gametas, são decididas pelas partes envolvidas, reguladas apenas pelo mercado.

---

<sup>80</sup>Ibidem.

<sup>81</sup>Idem. *Bundesgerichtshof*. Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=em&client=12&nr=70419&pos=0&anz=1&Blank=1>.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2018.

<sup>82</sup>GLENNON, op cit. *Reproductive Donation. Practice, policy and bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 90-111.

Segundo Ballantyne<sup>83</sup>, as clínicas de fertilização têm autonomia para escolher seu público-alvo e oferecer um leque de opções “ao gosto do cliente”, quando o serviço é fornecer gametas.

A prática médica associada à reprodução assistida é regulamentada apenas por diretrizes aprovadas pela *American Society for Reproductive Medicine and Society for Assisted Reproductive Technology* (ASRM), órgão que não tem força cogente<sup>84</sup>.

O grande problema que acarreta a ausência de regulamentação específica são as consequências que causa, inclusive, colocar a vida de pacientes em risco, como o caso da mãe que deu à luz óctuplos na Califórnia<sup>85</sup>, em janeiro de 2009, depois que uma clínica de fertilização implantou oito embriões em um único ciclo de fertilização (a mulher já tinha seis filhos).

Maya Sabatello<sup>86</sup> observa que:

mesmo, com a obrigatoriedade de triagem e testes para doenças sexualmente transmissíveis, desordens genéticas e avaliação psicológica, a família receptora tem grande dificuldade para obter das clínicas de reprodução assistida informações médicas sobre os doadores, em razão do receio de serem processadas por doenças genéticas herdadas de doadores.

É admitida a compensação financeira pela doação de gametas e o *quantum* é decidido pelas partes envolvidas. Não há um limite para o número de crianças nascidas por meio de gametas de um único doador; não há restrições quanto a quem pode doar nem a quem pode receber gametas; não há um registro nacional que concentre dados dos doadores<sup>87</sup>; e até mesmo as informações sobre taxas de sucesso dos tratamentos de fertilização das quais o *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act 1992* trata são prestadas de forma voluntária pelas clínicas de fertilização<sup>88</sup>.

Embora a *American Society for Reproductive Medicine*<sup>89</sup> recomende a adoção do anonimato para a doação de gametas, há bancos de espermatozoides e clínicas de fertilização que oferecem gametas identificáveis<sup>90</sup>:

---

<sup>83</sup>BALLANTYNE, Mark. *Comment “My Daddy’s Name is Donor”*: Evaluating Sperm Donation Anonymity and Regulation, *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, vol. 15, no. 3, p. 569 – 626, 2012.

<sup>84</sup>NANO, Stephanie. *AP*: Most fertility clinics break the rules. *Health Works*, 23 fev. 2009. Disponível em: <<https://www.geneticsandsociety.org/article/most-fertility-clinics-break-rules>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup>SABATELLO, Maya. *Regulating gamete donation, in U.S.: ethical, legal and social reimplications*. *Laws*, vol. 4, 2015, p. 352 – 376.

<sup>87</sup>LOBO, op cit., p. 570.

<sup>88</sup>MARMELSTEIN, op. cit., p. 356.

<sup>89</sup>COSTA, op. cit.

<sup>90</sup>FRITH, Lucy. Gamete donation and anonymity: the ethical and legal debate. *16 Hum. Reprod.* 818, 2001, p. 818-824.

A *Rainbow Flag Clinic* na Califórnia é um exemplo que só trabalha com doadores identificáveis, enquanto outras clínicas, como o *Sperm Bank of Califórnia*, oferece, gametas provenientes de doadores anônimos ou identificáveis, e as partes envolvidas – doador e receptor – podem escolher a modalidade de sua preferência.

Nos Estados Unidos, os solicitantes de gametas podem fazer sua escolha baseando-se na aparência, profissão, educação e, até, em um determinado timbre de voz do doador. Os perfis exigidos dos doadores de gametas são extremamente detalhados quanto a aspectos relativos ao seu histórico familiar, além de outras informações que podem interessar aos recipientes *consumidores*.

As clínicas de fertilização e as agências intermediadoras, sem qualquer receio de intervenção legal, procuram pelas especificações encomendadas pelos solicitantes quanto à raça, etnia, altura, peso, cor dos olhos, cor dos cabelos, atributos físicos, visão, QI aproximado, grau de escolaridade e, até mesmo, se é canhoto ou destro<sup>91</sup>. Com isso, torna uma realidade no país a figura do *design baby*.

Para Theresa Glennon<sup>92</sup>:

a diferença da abordagem da reprodução assistida nos Estados Unidos e no Reino Unido<sup>93</sup> está calcada na forma como a autonomia do indivíduo é vista nas duas sociedades. Enquanto no Reino Unido a autonomia é tratada com olhos na coletividade, nos Estados Unidos é a política de mercado que dá à autonomia o caráter indivíduo. A consequência dessa abordagem diferenciada é que enquanto no Reino Unido a autonomia “comunitária” e nos Estados Unidos é mercadológica.

No tocante às informações do doador de gametas nos Estados Unidos, com exceção do estado de Washington, que banuiu o modelo de doação anônima em seu território, nenhum outro estado garante o acesso às informações do doador. Para se ter alguma informação do doador, dependerá do tipo de gametas que foi adquirido, anônimo ou não. Quando a parte receptora do material genético opta pela pelo anonimato do doador, a clínica não tem nenhuma obrigação de manter os seus registros médicos e sequer fornecer quaisquer informações sobre eles. Não há nos Estados Unidos a obrigatoriedade de registro nacional de doadores de gametas,

---

<sup>91</sup>CAHN, Naomi R. *Test tube families*. Why the fertility market needs legal regulation .*New York and London*: New York University Press, 2009, p. 18.

<sup>92</sup>GLENNON, op cit., nota 118,

<sup>93</sup>Enquanto no Reino Unido o *HFE Act* define as regras de filiação na reprodução assistida, de forma expressa, que sempre que o tratamento for realizado em clínicas credenciadas pelo HFEA, os doadores nunca poderão ter qualquer vínculo jurídico com o concebido, nos Estados Unidos não existe tal regra, mas, também, não há dificuldades quando se tratar de casal heterossexual porque muitos estados adotam o *Uniform Parentage Act 2002* que adota a presunção de paternidade para eles. A íntegra do *Uniform Parentage Act (UPA)* está disponível em: < [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa\\_final\\_2002.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf). Acesso em: 17 jan. 2018.

nem de tempo mínimo para manutenção dos dados em arquivo, o que torna as informações dos doadores mais vulneráveis, já que podem ser perdidas com facilidade<sup>94</sup>.

Verificando a jurisprudência nos Estados Unidos, constata-se que a grande maioria das decisões não reconhece vínculo parental entre doador e concebido quando constatado acordo entre as partes e o procedimento tenha sido realizado por médico licenciado. Contudo, se o procedimento for feito em clínica não licenciada, na qual o material genético tenha sido doado por familiar ou alguém conhecido, há precedentes<sup>95</sup> que reconhecem a paternidade desse doador sob a criança gerada.

A Bélgica, diferente dos Estados Unidos, possui legislação no campo da reprodução assistida e, diga-se de passagem, possui uma das legislações mais tolerantes; também adota o modelo *double track*, logo, tanto doadores anônimos como conhecidos são permitidos<sup>96</sup>. Quando a doação é feita sob o manto do anonimato, a divulgação de identidade de doadores/receptores está sujeita a sanção criminal, tipificado no art. 458 do Código Penal da Bélgica<sup>97</sup>. A Sexagem é permitida de forma expressa, mas em casos de risco de transmissão de doenças ligadas ao sexo da criança e a clonagem é expressamente proibida pelo art. 6º, da Law on Research into Embryos In Vitro 2002<sup>98</sup>.

No Canadá, a reprodução assistida é regulamentada pelo *The Assisted Human Reproduction Act 2004*, em vigor desde 2007<sup>99</sup>. As atividades proibidas na área da reprodução assistida estão previstas nas Seções 5 a 9 do *Act*<sup>100</sup>, atividades tidas como incompatíveis pelo Parlamento canadense, por entender como eticamente inaceitáveis com os valores do Canadá.

<sup>94</sup>KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23.

<sup>95</sup>Um caso famoso foi o do ator americano Jason Patric, do filme *Os garotos perdidos* (*Lost Boys*), que doou seu sêmen para uma ex-namorada, para que ela realizasse uma inseminação artificial. Contudo, a doação foi feita sob a condição de que a futura mãe jamais lhe cobrasse qualquer apoio financeiro ou emocional. Desse modo, a intenção de Patric era exercer o mesmo papel que um doador anônimo. Porém, após o nascimento do bebê, ele mudou de ideia. Após conviver por tempo com a criança, Patric ingressou na justiça pleiteando o reconhecimento de paternidade e, após dois anos, saiu vitorioso, tendo seus direitos paternos reconhecidos pela Corte Americana, assim como o direito a visitação. MELO, João Ozorio de. Doador de esperma tem direito à paternidade nos EUA. In: *Revista Consultor Jurídico*, Estados Unidos, 17 maio 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-17/eua-tribunal-decide-doador-esperma-direito-paternidade>> . Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>96</sup>PENNINGS, Guido. *The double track policy for donor anonymity*. *Human Reproduction* 12, p. 2839 - 2844, 1997.

<sup>97</sup>BÉLGICA. *Código Penal*. “Art. 458 - Os médicos, cirurgiões, técnicos de saúde, farmacêuticos, parteiras e todas as outras pessoas depositárias, por condição ou profissão, de segredos que lhes foram confiados, exceto se forem chamados a depor em tribunal (ou diante de uma comissão parlamentar de inquérito) que revelarem segredos que lei os obriga a manter, poderão ser punidos com pena de prisão de oito dias a seis meses e multa de cem a quinhentos euros”. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>98</sup>Idem. *Law on Research into Embryos In Vitro*. Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/articl.e.pl>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>99</sup>CANADÁ. *The Assisted Human Reproduction Act 2004*. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/index.html>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>100</sup>Ibidem

Algumas das proibições inseridas no texto são: a escolha do sexo (com exceção dos casos que visam prevenir doença hereditária relacionada ao gênero); clonagem humana; criação de híbridos com o propósito de reprodução; utilização de gametas ou embriões sem o consentimento expresso dos doadores; pagamento aos doadores.

O Canadá, também, utiliza o sistema *double track*, entretanto, a jurisprudência ainda oscila a respeito do direito de conhecer a origem genética. Em um caso enigmático no Canadá a respeito do conhecimento a origem genética, prevaleceu o direito à privacidade do doador. O caso ocorreu no Estado da Columbia onde a Corte de British reconheceu nos autos do processo de *Olivia Pratten v. Attorney General of British Columbia et. al. (B.C.)*<sup>101</sup>, o direito de Olivia Pratten, uma jornalista de 29 anos, conhecer a identidade do doador de esperma utilizado em sua concepção. A fundamentação utilizada foi a discriminação dos concebidos via doação de gametas pela província de British Columbia em relação às pessoas adotadas, que possuem reconhecido o direito de conhecer a identidade de seus pais biológicos<sup>102</sup>. Contudo, o estado de British Columbia recorreu à Corte de Apelação e, em novembro de 2012, conseguiu provimento para reverter a decisão estadual. Com essa reversão a Corte reconheceu que pessoas concebidas via doação de gametas não tem direito de conhecer sua origem genética por infringir o direito de privacidade do doador, que expressamente não concordou em ter sua identidade revelada antes do momento da doação. Reconhecer o direito de Olivia Pratten nesse caso seria quebrar a regra do anonimato de forma retrospectiva, violando a privacidade do doador. Pratten recorreu à Suprema Corte do Canadá em janeiro de 2013, mas o recurso teve negado o seu seguimento<sup>103</sup>.

Encerra-se a análise dos países que regulamentam a reprodução assistida e os sistemas adotados, podendo verificar a similitudes de alguns, bem como suas peculiaridades. No Brasil, embora não haja uma lei federal, a Resolução nº 2.168 do CFM resguarda o anonimato de forma, “quase” que absoluta, pois sua identidade só poderá ser revelada em casos de doença, mas somente para outro médico. A resolução é rígida quanto ao consentimento das partes, a proibição da sexagem, idade limite para as mulheres que se submetem ao tratamento, bem como não há compensação pecuniária para os doadores. No Brasil, não há um banco centralizado de

---

<sup>101</sup>Idem. Pratten v. British Columbia (Attorney General), 2011 BCSC 656 Date: 20110519 Docket: S087449 Registry: Vancouver. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/bc/news/bc-110519-pratten-sperm-donorruling.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>102</sup>MOTLUK, Alison. *Canadian court bans anonymous sperm and egg donation*. Nature international weekly journal of science. Published online 27 May 2011. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/2011/110527/full/news.2011.329.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>103</sup>BLACKBURN-STARZA, Antony. *Sperm donor anonymity: Canadian Supreme Court will not hear woman's appeal*. Bionews, 03 June 2013. Disponível em: <[http://www.bionews.org.uk/page\\_305937.asp](http://www.bionews.org.uk/page_305937.asp)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

espermatozoides para doação, como ocorre em outros países. Quanto à jurisprudência não há, até o presente momento pedido de quebra do anonimato para conhecer a origem genética. Após essa análise, conclui-se que as leis menos restritivas é o grande atrativo para os países que possuem turismo reprodutivo<sup>104</sup>.

### **2.3. Análise da aplicação do modelo *double track* no ordenamento jurídico brasileiro?**

Após essa breve análise dos países que regulamentam as técnicas de reprodução assistida e os tipos de modelos existentes no tocante ao doador de gametas, verifica-se que o modelo mais adequado ao Brasil é o *double track*, tendo em vista a carência legislativa sobre a reprodução assistida.

O modelo *double track* para doação de gametas pressupõe o exercício da autonomia privada e do planejamento familiar. Quando se trata da atuação de uma terceira pessoa estranha a relação como parte no processo reprodutivo, cabe a elas decidir de forma livre, dentre as opções existentes, a que lhes convém.

No Brasil a imposição pelo modelo do anonimato é feita pelo Conselho Federal de Medicina, ou seja, um órgão de classe, por meio de uma norma que sequer tem força de lei. Essa imposição afeta no núcleo decisório das partes envolvidas na reprodução assistida heteróloga. Para resguardar a vontade das partes bastava o referido órgão reconhecer a possibilidade de as partes escolherem o modelo não anônimo, assim como as doações intrafamiliares e o doador conhecido como legítima. Com a legitimidade da escolha do doador identificado a norma do Conselho Federal de Medicina não seria desrespeitada, pois o modelo anônimo continuaria existindo, mas somente quando as partes optarem por ele ou caso não houvesse livre consentimento.

Com o reconhecimento dessa via de mão dupla em que as partes podem escolher o modelo que deseja não causaria o banimento do anonimato, pois ele continuaria existir e nem diminuiria o número de doadores; pelo contrário, poderia aumentar a procura ante a possibilidade de ter doadores consanguíneos e pessoas próximas, os quais estão mais dispostos a ajudar um ente familiar ou amigo querido. Nessa relação, é claro que a decisão está nas mãos

---

<sup>104</sup>BRUNET; KUNSTMANN, op cit., nota 59.

de quem doa, e não nas de quem recebe, o que corrobora a tese que não reduziria o número de doadores, pelo contrário.

Para que seja aplicado o modelo identificável, as partes envolvidas, doador e receptor, têm que estar de acordo quanto ao que se refere ao nível de compartilhamento de informações, senão não haverá doação de gametas.

A tese de que a imposição do anonimato visa a evitar a interferência do doador na família, bem como a sua privacidade, é puramente paternalista. Observe-se<sup>105</sup>:

Paternalismo está intimamente ligado à ideia de proteção. Pode ser encontrado em qualquer tipo de relação, seja laboral, contratual, médica, familiar, afetiva, etc., sendo necessário apenas que haja alguém que se sinta capaz de proteger aquele que ele considere como sendo um necessitado, o que pode ocorrer, inclusive, em detrimento da sua vontade. Assim, o paternalismo pode ser conceituado como a imposição de limites à autonomia individual de um cidadão, considerado a parte mais fraca da relação, por aquele que se coloca em uma posição garantista, para que ao final seja evitada a ocorrência de um dano ou propiciado a este indivíduo um benefício que sozinho não alcançaria.

A norma jurídica paternalista atua diretamente na liberdade do indivíduo mediante a limitação dos interesses das partes, não lhe sendo permitido a recusar de tal proteção.

O casal (ou indivíduo) não precisa que ninguém decida por ele o que pode (ou não) afetar o seu planejamento familiar. Caso o casal entenda que um doador anônimo é a melhor opção poderá escolher por esse modelo, caso contrário, se a prioridade é conhecer a carga genética poderá optar por um membro da família, a quem cabe, com exclusividade, decidir se quer ou não doar na modalidade intrafamiliar, ou um doador anônimo sem vínculo consanguíneo. O anonimato na doação de gametas é um direito, e não um dever.

A doação por ser ato puro altruísmo, é mais fácil encontrar um doador no círculo familiar e social dos receptores do que fora dele. No tocante à barriga de aluguel, no Brasil o Conselho Federal de Medicina impõe que a gestante em substituição seja parente até quarto grau de qualquer dos cônjuges ou parceiros de modo a garantir o altruísmo puro e evitar a troca monetária. Contudo, para o doador de gametas, a norma é em sentido oposto, acarretando uma quebra de isonomia.

---

<sup>105</sup>ROHRMANN, Carlos Alberto; RÊGO, Cristiane. O paternalismo estatal e o fenômeno da juridicização da vida privada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 27, p. 122, 2013.

### 3. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Não há norma expressa que permita a exigência do reconhecimento da ascendência genética no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, trata-se de um direito fundamental implícito decorrente da dignidade da pessoa humana, do direito à personalidade e do direito fundamental à vida.

Leciona Almeida<sup>106</sup> que:

[...] toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.

Conforme art. 11, do Código Civil<sup>107</sup>, os direitos da personalidade que estão relacionados à identidade são irrenunciáveis e intransmissíveis e o direito de conhecer a origem genética, por ser inerente à própria pessoa, é tido com um direito personalíssimo.

O STJ, no REsp. nº 1401719 / MG<sup>108</sup>, sob a relatoria da Min. Nancy Andrighi, decidiu:

Ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco, ela não pode ser invocada como argumento para negar o direito do recorrido à sua ancestralidade. Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética.

A pessoa gerada pelo método de reprodução humana assistida heteróloga carrega o material genético de um terceiro, o doador, e ao ser privada de conhecer sua origem tem um direito fundamental lesado. Entretanto, o doador também tem o direito fundamental à privacidade, tendo o anonimato imposto pelo Conselho Federal de Medicina de forma a manter em sigilo os seus dados. Desse modo, gera uma necessidade de fazer uma ponderação entre os referidos direitos, o que será analisado nesse capítulo.

<sup>106</sup>ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA: estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

<sup>107</sup>BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>108</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1401719/MG*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conhecimento+origem+genetica&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 18 jan. 2018.



### 3.1. Direito à identidade pessoal como direito à personalidade e o conhecimento da origem genética

Como dito anteriormente, o direito ao conhecimento à origem genética não tem previsão expressa na Constituição, porém o rol de direitos fundamentais não é taxativo, o que engloba outros direitos que podem ser verificados diante da evolução social, tendo em vista que antes não eram relevantes, mas com a mudança do contexto histórico passaram a ser indispensáveis à existência do ser humano.

Nesse sentido, Mendes<sup>109</sup> afirma que os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger, apenas, reivindicações comuns a todos os homens passaram a proteger seres humanos que se singularizam pela influência de situações específicas. Sendo assim, alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana.

Ademais, a Constituição não tem um rol exaustivo em razão da aplicação do instituto da cláusula aberta que protege os direitos que possuem materialmente grande relevância, mas que não estão positivados.

A respeito do direito à identidade genética a doutrinadora Petterle<sup>110</sup> ensina:

Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade dessa investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

O fundamento para proteção do conhecimento à origem da identidade tem por base a dignidade da pessoa humana, pois todo ser tem um DNA próprio e carrega de forma hereditária os genes, que contêm toda informação genética dos pais biológicos. Contudo, a identidade genética não se limita aos aspectos genéticos, pois esse direito possui várias facetas como a determinação da identidade pessoal. Logo, o conhecimento à origem genética serve para que o ser humano seja reconhecido de forma individualizada, pois toda pessoa possui um genoma,

<sup>109</sup>MENDES; BRANCO, op. cit., p.154.

<sup>110</sup>PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

que é um conjunto de informações que todos os indivíduos têm e que faz com que se diferenciem uns dos outros.

Sendo assim, a ausência de informação da origem genética acarreta a falta de autodeterminação do ser e afronta sua dignidade. Segundo os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos<sup>111</sup>, “sem dignidade, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, nem sobrevive. Ou seja, sem dignidade não existem direitos fundamentais [...]”.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>112</sup> conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana como “O mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

Passa-se à análise filosófica e conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana devido à sua grande importância no ordenamento jurídico, contudo, sem aprofundar o tema, tendo em vista que esse não é o objetivo do trabalho.

O filósofo Immanuel Kant<sup>113</sup>, ao conceituar a dignidade da pessoa humana, estabelece que nada mais é do que a capacidade de se determinar e agir consoante a representação de determinadas normas legislativas. Para a concepção kantiana, a condição de dignidade é intrínseca ao ser humano, ou seja, é condição para a existência do ser humano.

Já Ronald Dworkin<sup>114</sup> defende a ideia da dignidade humana sob uma perspectiva negativa: existe a indignidade, na qual as pessoas não têm o direito de sofrer, ocupando o foco principal das preocupações humanas. Para o filósofo, ao comprometer a dignidade, a pessoa está negando a importância intrínseca da vida humana, havendo uma pequena ponte entre autonomia e dignidade. Fazendo uma correlação com Kant, verifica-se que Dworkin<sup>115</sup> faz uma retomada do pensamento kantiano ao afirmar que o ser humano não é um objeto, reiterando a ideia de que todos têm o direito de ter o reconhecimento pela sociedade da importância da vida humana, de modo que ela não seja violada. O autor<sup>116</sup> sustenta que a garantia da inviolabilidade da vida é o que unifica a todos como seres humanos, o que gera a autodeterminação do indivíduo, atrelada à dignidade da pessoa humana como característica intrínseca do ser humano.

---

<sup>111</sup>BULOS, Uadi Lammego. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 293.

<sup>112</sup>PEREIRA apud DIAS. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44-45.

<sup>113</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 68.

<sup>114</sup>DWORKIN, Ronald. *El dominio de La Vida*. Uma Discusión Acerca Del Aborto, La Eutanasia y La Libertad Individual. Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998, p. 306.

<sup>115</sup>Ibidem.

<sup>116</sup>Ibidem.

Para Habermas<sup>117</sup>, a dignidade está relacionada às relações interpessoais e de reconhecimento recíproco, ou seja, uma simetria, em que as pessoas em sociedade agem na expectativa de o comportamento alheio estar em conformidade com as leis e a moralidade.

Para o pensamento habermasiano<sup>118</sup>, a dignidade começa a partir do nascimento do nascituro, com seu acolhimento social, pois o feto ainda não é pessoa e, somente, após ter uma comunicação com o meio social o indivíduo será percebido como pessoa também. Entretanto, Habermas<sup>119</sup> afirma que a vida humana deve gozar de proteção jurídica desde o ventre materno, apesar de defender o nascimento como marco inicial para entrada no mundo social, pois têm deveres morais e legais para com a vida. O que se verifica, é que o pensamento habermasiano faz a construção da dignidade humana ligada à convivência em sociedade juntamente com o respeito às leis e à moralidade.

Após essa breve análise, verifica-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está atrelado à autodeterminação do sujeito e ao convívio social, de tal sorte que à criança gerada pela reprodução assistida com material genético de terceiro não pode lhe ser negado conhecer a sua origem genética, pois afetaria o seu direito de autodeterminação.

A razão para uma pessoa buscar conhecer a sua ascendência genética se dá exatamente na busca da identidade pessoal: a preservação do patrimônio genético, o conhecimento de propensões a possíveis doenças, no aspecto preventivo e no tratamento, principalmente naquelas doenças curáveis apenas pela compatibilidade sanguínea, entre outras questões, como a doação de órgãos.

Sendo assim, ao resguardar o direito ao conhecimento à origem genética preserva-se, não só o direito à personalidade, mas também o direito à saúde e o direito à vida, que são direitos mínimos para dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a Resolução nº 2168/17<sup>120</sup>, do CFM, que é utilizada como parâmetro para regulamentar a reprodução assistida, prevê a mitigação do direito ao anonimato do doador nos casos de doenças genéticas, porém os dados devem ser fornecidos apenas para outro médico e não para o maior interessado, que é a pessoa gerada.

Ressalta-se que a intensão da pessoa que busca o conhecimento de sua origem biológica é ter reconhecida sua identidade e a busca de tratamento para determinadas doenças genéticas. Tem-se que o objeto dessa tutela é apenas assegurar o direito da personalidade, no

---

<sup>117</sup>HABERMAS, Jürgen. *El futuro de La Natureza Humana. Hacia una Eugenesia Liberal?* Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002, p. 51.

<sup>118</sup>Ibidem, p. 53.

<sup>119</sup>Ibidem, p. 54.

<sup>120</sup>Ibidem, op cit., nota 7.

aspecto do direito à vida, não sendo necessário atribuir à paternidade, bem como qualquer responsabilidade a alguém para ter o direito da personalidade de conhecer o ascendente biológico paterno.

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>121</sup>:

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 pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas tem ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrências de doenças em parentes próximos.

Para muitos doutrinadores, maior que a pretensão de qualquer vínculo, existe também a preocupação com os efeitos psicológicos de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida cujo doador é anônimo, assim menciona Maria Helena Diniz<sup>122</sup>:

Criação de meios para prevenção e preservação da saúde mental, pois marcas pré-natais ficam, apesar de o ser humano viver da resignificação, como diz Halina Grymberg, pois um fato ocorrido ontem poderá ser vivido hoje de modo diverso. Por isso, urge que haja condições para essa resignificação e com aquilo que vai ser dito à criança sobre o seu nascimento, que será elaborado na dinâmica afetiva da família. Trata-se da reorganização mental, criada pela forma como os pais legais vão viver essa relação entre pais e filho.

Logo, a pessoa gerada por reprodução assistida pelo método heterólogo, ao exercer o direito de reconhecimento à origem genética, não determina ao doador a paternidade jurídica, razão pela qual não lhe imputará qualquer responsabilidade jurídica.

### **3.2 O direito da personalidade da pessoa gerada com material genético doado *versus* o direito à intimidade do doador**

Como visto anteriormente, o direito ao conhecimento à origem genética é um direito fundamental implícito. Contudo, o tema da reprodução assistida heteróloga também envolve o doador do material genético que, conforme a Resolução nº 2168, do CFM<sup>123</sup> resguarda a sua privacidade por meio do anonimato sob o fundamento do direito fundamental à intimidade.

<sup>121</sup>LOBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.206.

<sup>122</sup>DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, São Paulo, Saraiva, 10 ed., 2017, p.663.

<sup>123</sup>BRASIL, op. cit., nota 7.

Logo, verifica-se um aparente conflito entre esses direitos, pois a busca pelo conhecimento à origem genética colide com o direito de o doador manter-se em sigilo.

Os direitos fundamentais não são absolutos e, havendo conflitos entre eles, embora não sejam princípios, deve-se aplicar a mesma forma de solução de conflito, ou seja, a ponderação. Como ensina Vale<sup>124</sup>, “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”.

No mesmo sentido, Sarmiento<sup>125</sup> afirma que os direitos fundamentais:

apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, eles não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Ante a colisão de direitos fundamentais deve ser utilizada a técnica de ponderação, mas no que ela consiste? Explicita Marmelstein<sup>126</sup>:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Na opinião de Barroso<sup>127</sup>, a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, a insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”.

Contudo, em razão dos direitos fundamentais serem indisponíveis surgem dúvidas em como deve ser aplicada a técnica da ponderação, no intuito de elucidá-las, Morais<sup>128</sup> afirma:

quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

<sup>124</sup>VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

<sup>125</sup>SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.293.

<sup>126</sup>MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 386.

<sup>127</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. 3ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 373.

<sup>128</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61.

Diante da visão dos renomados autores, verifica-se o caráter de relatividade do qual são revestidos os direitos fundamentais na ocorrência de aparente colisão entre eles e, ao se utilizar da técnica da ponderação, é necessário analisar o caso concreto e pôr em cada ponta da balança os direitos conflitantes para privilegiar o que sofrer maior perda. Salienta-se que, esses conflitos envolvendo colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, pois sempre existirá restrição de um direito. Sendo assim, passa-se à análise dos direitos abordados nesse capítulo, buscando-se uma ponderação entre eles.

O acesso ao conhecimento da origem genética traduz-se na busca pela própria identidade pessoal, na procura de se ter um direito à personalidade e, é elemento que se une a outros tantos, como o direito à saúde e à vida digna. No que se refere ao direito à saúde, previsto no art. 6º e no art. 196, CRFB/88<sup>129</sup>, nos casos de crianças geradas pela reprodução assistida heteróloga possuem alguma doença letal e que a cura somente seja descoberta através da análise do material genético do doador, caberia a quebra do anonimato em prol do direito à saúde e a vida.

Sendo assim, o que se pode inferir é que os motivos mais relevantes que levariam um indivíduo a querer conhecer sua origem biológica seriam a preservação da saúde e da vida nos casos de graves doenças genéticas, como também na possibilidade de ocorrer um incesto e outros motivos de caráter subjetivo.

Ao fazer uma ponderação entre os direitos da pessoa que busca conhecer a identidade genética e do doador do material genético, Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>130</sup> diz o seguinte:

O anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas deve ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Contudo, o reconhecimento do direito da busca pela identidade genética gera a violação do direito à intimidade e à vida privada do doador, pois, ao se exigir que o doador faça um exame genético, força-o a produzir prova contra si mesmo.

---

<sup>129</sup>BRASIL, op cit., nota 3.

<sup>130</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

Desse modo, verifica-se que, de uma ponta da balança, no mesmo patamar de importância do doador, está o indivíduo gerado pelo método heterólogo, reivindicando o direito ao conhecimento de sua ascendência genética seja para conhecer sua identidade pessoal, seja para preservar sua saúde.

Diante disso, passa-se a sopesar os direitos contrapostos. De um lado, tem-se o doador que pratica um ato de mera liberalidade, de forma altruísta, mas que o faz sem ter pretensão do encargo da paternidade e suas responsabilidades, acreditando que tanto o sigilo de seus dados quanto a sua pessoa estão resguardados. Do outro lado, há alguém com a necessidade de reconhecer a sua verdadeira identidade, buscando o tratamento de doenças genéticas e a preservação da vida. Sopesando os direitos, conclui-se que o direito à vida prevalece, em tese, pois ele é o único que, se perdido não tem como ser recuperado; já o direito à privacidade, ao ser abalado, pode ser restabelecido.

Logo, diante do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é adequada a medida de restringir o direito do sigilo do doador para garantir o direito à vida da pessoa gerada pela reprodução assistida heteróloga, pois, segundo Alexy,<sup>131</sup> a proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulada como uma “lei de ponderação”, segundo a qual, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Brauner apud Krell<sup>132</sup> comenta que:

o anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, uma vez que, atualmente, o Direito está começando a valorizar de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização do sêmen com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador ou a doadora fossem disponibilizadas ao interessado.

O Superior Tribunal de Justiça, já em 2002, em um caso emblemático, proferiu decisão reconhecendo o direito ao conhecimento à origem genética ao autorizar o exame de DNA mesmo após o falecimento do suposto genitor. Essa decisão manifestou entendimento de que a coleta de material genético não traria nenhum prejuízo ao genitor, como também não feriria sua intimidade. Desse modo, o recurso foi provido, sob a fundamentação de que “na fase atual de

<sup>131</sup>ALEXY apud MENDES; BRANCO, op. cit.

<sup>132</sup>BRAUNER apud KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e a filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 182.

evolução do Direito de Família, não se justifica não acolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”.

Com esse entendimento, o STJ autorizou que fosse feita a coleta de material genético do suposto pai já falecido, para realização do exame DNA, de modo a ser reconhecida a origem genética.

Com essa decisão, o STJ, ao confrontar o direito à inviolabilidade da intimidade do suposto pai com o direito ao conhecimento à origem genética do autor, entendeu por preservar o direito deste sob o argumento de que a coleta de material genético não seria tão prejudicial ao pai quanto o não conhecimento da origem biológica. Nesse sentido, mesmo após a morte, a coleta de material genético foi permitida para que se pudesse satisfazer tanto o conhecimento da origem genética, quanto os demais direitos, referentes ao processo de investigação de paternidade:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. CPC I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. (...) IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz<sup>133</sup>.

No mesmo sentido, foi decidido no Recurso Especial nº 807849<sup>134</sup>:

Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.- (...) o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.-

<sup>133</sup>BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. *REsp nº 222445*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292991/recurso-especial-resp-222445-pr-1999-0061055-5/inteiro-teor-100218433>>. Acesso em: 30 out. 2017.

<sup>134</sup>Idem. *REsp nº 807849*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial-resp-807849-rj-2006-0003284-7/inteiro-teor-19135905?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out. 2017.



[...]Recurso especial provido. (807849 RJ 2006/0003284-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/03/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/08/2010.

O Supremo Tribunal Federal, em 2011, proferiu um julgamento histórico em que concedeu a um jovem o direito de voltar a pleitear a realização de exame de DNA de seu suposto pai, mesmo após ter seu processo de investigação de paternidade extinto em primeira instância por ausência de provas. Na decisão, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 363889<sup>135</sup>, prevaleceu o voto do relator, ministro Dias Toffoli, de que o trânsito em julgado do processo de investigação de paternidade ocorreu de modo irregular, pois o processo foi encerrado em razão da parte, menor de idade, à época não ter condições de custear o exame de DNA, que era dever do Estado. Como não fora realizado, restou-se inviabilizado o exercício do direito fundamental do conhecimento à origem genética. Logo, com essa decisão, prevaleceu que a coisa julgada não pode prevalecer sobre esse direito fundamental inerente à personalidade.

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

Embora o entendimento do STJ e do STF ao reconhecerem a busca da identidade genética seja nos casos de ação de reconhecimento da paternidade, também pode ser utilizado para resguardar o filho gerado pelo método de inseminação artificial heteróloga, por meio de

<sup>135</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal, *RE n° 363889*. Rel. Min. Dias Tofeli. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_Min\\_Luiz\\_Fux\\_\\_RE\\_363889\\_\\_coisa\\_julgada\\_e\\_DNA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_Min_Luiz_Fux__RE_363889__coisa_julgada_e_DNA.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2017.

analogia, inclusive, mesmo após a morte do doador, pois, o que está sendo pleiteado é apenas o conhecimento da ascendência genética, não imputando qualquer obrigação a ele.

Maria Clara Osuma Diaz Falavigna e Edna Maria Farah Hervey Costa<sup>136</sup>, ao comparar a situação do filho adotado com o concebido pela reprodução assistida heteróloga, alega que no ordenamento jurídico brasileiro não mais se admite negar a um indivíduo acesso a suas origens, pois caso contrário estaria violando seus direitos fundamentais:

[...] a situação é semelhante à da adoção, ou seja, se há possibilidade de o filho adotado ver reconhecida sua origem biológica, o mesmo ocorre para os que nasceram de fecundação artificial heteróloga. Nesse caso a legislação é clara de negar qualquer relação jurídica entre o filho dado em adoção e os pais biológicos, sendo omissa em relação às inseminações heterólogas; porém, visto que mesmo em se tratando de adoção há possibilidade de se conhecer a origem biológica, não se negará o direito do filho concebido por reprodução assistida heteróloga.

Dessa forma, é importante destacar a redação do art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>137</sup>, que foi implementado com a Lei nº 12.010/2009<sup>138</sup>, a qual garante ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica.

Assim, o legislador sedimentou o direito ao conhecimento à origem genética como direito personalíssimo do adotado, na busca de garantir a solidificação da sua história pessoal, pois embora tenha sido criado pela família adotiva, possui o direito de saber sua história e de seus ascendentes.

Diante de toda argumentação exposta, verifica-se que a quebra do anonimato no caso de descoberta de doenças genéticas não afetaria o doador, visto que seus dados seriam repassados, apenas, para a busca do tratamento e da cura para enfermidade. Por via de regra, não acarretaria qualquer consequência obrigacional decorrente ao estado de filiação biológica ao doador.

Nessa concepção, negar a alguém o direito de investigar sua própria origem genética é negar-lhe a sua história e, conseqüentemente, a sua própria identidade, uma vez que o direito à identidade genética é um direito fundamental personalíssimo e irrenunciável. Logo, por não haver discussão com relação ao conhecimento da paternidade biológica, o direito da pessoa gerada deve prevalecer em detrimento do doador, pois, como foi visto, o direito à saúde e à

<sup>136</sup>COSTA, Edna Maria Farah Hervey; FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz. *Teoria e prática do direito de família*: de acordo com a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras jurídicas: Bestbook, 2003, p. 210.

<sup>137</sup>BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>138</sup>Idem. *Lei nº 12.010*, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

identidade, ao ser ponderado com a privacidade, deve ter prevalência, já que esse não irá gerar nenhum prejuízo para o doador, já que não acarretará responsabilização a ele.

Ressalta-se que no ordenamento jurídico brasileiro não existe uma ação adequada para o conhecimento da ascendência genética, o que ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, percebe-se uma necessidade premente de criação de ação própria que possibilite a efetivação desse direito constitucionalmente protegido, de modo a viabilizar as demandas processuais que envolvam esses interesses.

### **3.3. O direito ao conhecimento da identidade genética como preservação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**

Segundo Fachin,<sup>139</sup> o melhor interesse da criança, como princípio geral, não se encontra expresso na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, sustentando a doutrina especializada ser ele inerente à doutrina da proteção integral (art. 227, caput, CRFB e art. 1º, ECA<sup>140</sup>), da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e aos adolescentes.

Gustavo Tepedino<sup>141</sup>, por sua vez, reconhece a consagração do princípio geral do melhor interesse também pelo art. 6º, do Estatuto<sup>142</sup>, ao privilegiar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, na atividade interpretativa.

O princípio do melhor interesse da criança deverá ser um norteador não só para os aplicadores do direito, mas também para os legisladores, devendo sempre priorizar as necessidades da criança e do adolescente, tanto na explanação da norma, como na resolução da lide e na elaboração das leis. Esse princípio garante a prioridade dos indivíduos mais vulneráveis, que estão em fase de desenvolvimento, devendo sempre priorizar as necessidades do menor.

---

<sup>139</sup>FACHIN, Luiz Edson. O princípio do melhor interesse da criança e a suspensão da extradição de genitora de nacionalidade estrangeira. *Revista dos tribunais on line*, v. 2, jan. 2012. Soluções práticas, p. 91-102.

<sup>140</sup>BRASIL, op cit, nota 56.

<sup>141</sup>TEPEDINO, Gustavo. A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 866.

<sup>142</sup>BRASIL, op cit, nota 56.

Tânia Pereira<sup>143</sup> explica que o referido princípio “é aplicado como um padrão que considera, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. O menor tem o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais, assim como preceituado pelo artigo 227, da Constituição Federal<sup>144</sup>. Desse modo, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade.

O princípio em comento tem aplicação no instituto da reprodução assistida quando da necessidade da investigação da origem genética.

Como dito no item anterior, o art. 48 do ECA garante ao adotado o direito ao conhecimento de sua origem biológica, o que acabou por consolidar um direito fundamental e personalíssimo para sua construção histórica. Deve se fazer uma interpretação analógica da referida norma, no intuito de garantir a criança gerada pela reprodução assistida heteróloga o mesmo direito. Ressalta-se, que se trata de direito personalíssimo, logo, não pode haver renúncia por parte dos genitores.

Ao conceber a criança, sua identidade genética estará resguardando o direito ao exercício pleno da personalidade. O reconhecimento à identidade genética não importará na desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois esse direito não importa na desconstituição da paternidade. Sendo assim, não existirá alteração do registro civil de nascimento, direito a alimentos, guarda, direito de visitas, direito a herança, dentre outras consequências. Os filhos só irão conhecer os pais biológicos se for de seu interesse, portanto, manifestando a vontade, seja de forma autônoma ou assistida, a criança poderá investigar a sua origem genética e biológica sem que implique qualquer direito paternal.

Conforme sustenta Meireles<sup>145</sup>, “(...) a criança e o adolescente são participantes das escolhas que dizem respeito à sua própria vida. A concepção da família como instrumento ao desenvolvimento de seus membros conduz a uma maior participação dos seus integrantes nas escolhas que lhe são relacionadas”.

Posto isso, deve-se utilizar o critério do cuidado, que embasa os princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, entre outros para garantir o conhecimento da origem genética ao menor que manifestar o interesse na busca de sua identidade. Entretanto,

---

<sup>143</sup>PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44.

<sup>144</sup>BRASIL, op cit., nota 3.

<sup>145</sup>MEIRELES, Rose Melo Vencelau et al. O Cuidado com o Menor de Idade na Observância de sua Vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 350.

deve-se sempre analisar a situação em concreto na busca de verificar o que é mais importante para a criança: conhecer a sua origem genética ou, em contrapartida, omitir sua identidade biológica.

#### 4. AUTONOMIA PRIVADA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA: IMPLICAÇÕES ACERCA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A adoção dos procedimentos e técnicas de reprodução assistida encontra guarida nos direitos constitucionais ao planejamento familiar, à saúde e à busca da felicidade, bem como no princípio da autonomia privada e dignidade da pessoa humana.

A autonomia privada é um princípio que se diferencia da autonomia da vontade e garante às partes o poder de manifestar a própria vontade, de forma a estabelecer o conteúdo e a disciplina das relações jurídicas de que participam. De tal forma, na reprodução assistida heteróloga também deve ser observada a autonomia privada das partes envolvidas no procedimento.

O direito ao livre planejamento familiar é assegurado pela Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 9.263, de 1996<sup>146</sup> o que demonstra que o legislador está ciente da realidade e dos avanços científicos que constantemente ocorrem na medicina. Segundo Sarmiento<sup>147</sup> o planejamento familiar trata-se do princípio da autonomia reprodutiva, que decorre ainda da dignidade, liberdade e privacidade, bem como do direito à saúde.

Com base nos princípios citados, o presente capítulo abordará a autonomia privada das partes de escolher o doador do material genético e a atuação do judiciário ante a ausência de norma legal.

##### 4.1. Autonomia da vontade x autonomia privada

As expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada” possuem significados diferentes, razão pela qual elas não são sinônimas. Logo, a distinção entre esses institutos é de suma importância, razão pela qual se faz necessária essa breve análise histórica e comparativa.

---

<sup>146</sup>BRASIL. *Lei nº 9263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>147</sup>SARMENTO, Daniel.; PIOVESAN, Flávia *Nos Limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-44.

Autonomia da vontade é um princípio que teve sua origem na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX. Nesse período, perpetuava-se uma ideologia individualista, em que o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado. Nesse momento histórico imperava que o Estado deveria intervir minimamente na esfera do particular. Desse modo, o homem tinha plena liberdade contratual para fixar o conteúdo dos negócios e escolher com quem contratar.

Maria Helena Diniz<sup>148</sup> conceitua o princípio da autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Com base nos pensamentos de Luigi Ferri<sup>149</sup>, constata-se que a autonomia da vontade possui uma acepção intangível ou psicológica, na medida em que se foca na demonstração da disposição interna do sujeito de direitos, ou seja, sua genuína aspiração.

Roxana Borges<sup>150</sup> defende que é necessário atentar para a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada, sendo que a segunda se “vincula diretamente aos valores constitucionais, devendo estar orientada, assim, à valorização da pessoa humana”.

Eurico Pina Cabral<sup>151</sup>:

a autonomia da vontade é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. A autonomia privada é “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de autorregular-se nos limites do ordenamento jurídico”.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,<sup>152</sup> a autonomia da vontade é centrada em três princípios:

- a) liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento;
- b) intangibilidade do pactuado – o ‘pacta sunt servanda’ exprime a ideia de obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres;

<sup>148</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

<sup>149</sup>FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p.3.

<sup>150</sup>BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, set. 2005, p. 69-87.

<sup>151</sup>CABRAL, Eurico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*. a.5, n. 19, jul./set., 2004, p. 87.

<sup>152</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Salvador/BA: JusPodivm, 2016, p. 151.

c) relatividade contratual, pactuada pela noção de vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade e um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Francisco Amaral<sup>153</sup> conceitua a distinção entre os institutos na qual a autonomia da vontade “é o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”. Já a autonomia privada é o “poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas”.

Com a evolução da sociedade, principalmente após a I Guerra Mundial, a autonomia da vontade acaba por ser relativizada, já que após esse marco o Estado passa regular com mais rigor as relações privadas. A partir desse cenário, a autonomia começa a sofrer limitações e as relações privadas começam a se pautar, cada vez mais, no interesse da coletividade em detrimento do interesse particular.

O novo pensamento fundamentava a autoridade estatal na vontade dos cidadãos, adotando o pensamento de Immanuel Kant<sup>154</sup>, para quem a vontade de todo ser humano deve ser concebida como vontade legisladora universal.

Para César Fiuza<sup>155</sup>:

a contratualidade teria evoluído da autonomia da vontade para a autonomia privada, tendo em vista que o contrato deixou de ser o acordo livre de vontade entre as partes, sendo possível contratar qualquer coisa que seja do desejo e da necessidade humana, para representar um valor de utilidade social, passando a ser a combinação de três elementos: ordem; justiça e; liberdade.

Após essa distinção conceitual e breve análise histórica, nota-se que a autonomia da vontade cedeu lugar à autonomia privada, já que a vontade das partes deixou de ser considerada de forma isolada para ser condicionada as normas legais.

Em concordância com o exposto acima, Luiz Edson Fachin<sup>156</sup>, por sua vez, explica:

É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, na medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica.

<sup>153</sup>AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.345

<sup>154</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Segunda seção. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.137.

<sup>155</sup>FIUZA, César., SÁ, Maria de Fátima Freide de. E NAVES, Bruno Torquato de Olivera. *Direito Civil. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Belo Horizonte/MG: Editora DelRey. 2007, p. 57.

<sup>156</sup>FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988, p.54.



A autonomia da vontade teve previsão no ordenamento jurídico pátrio no código Civil de 1916<sup>157</sup> e em todas as Constituições anteriores à Carta Magna de 1988<sup>158</sup>, já a autonomia privada<sup>159</sup> encontra-se no atual Código Civil<sup>160</sup> e Constituição de 1988<sup>161</sup>.

Pelo exposto, verifica-se que a autonomia da vontade e a autonomia privada são coisas diferentes, pois, o primeiro instituto é a vontade humana com base no liberalismo; já o segundo representa a vontade humana adaptada às necessidades coletivas da sociedade como um todo.

#### **4.2 Autonomia privada no Direito de Família**

Como dito no primeiro capítulo, o Direito de Família sofreu significativas modificações com a evolução social, como consequência do surgimento de novos modelos de família e, com isso, insere-se o princípio da autonomia privada, tanto no âmbito patrimonial como no extrapatrimonial.

As relações familiares tinha uma maior incidência intervencionista do Estado-juiz na impondo freios e restrições na liberdade de ação, mirando sempre na defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana<sup>162</sup>. Contudo, a partir da constitucionalização do Direito de Família, abriu-se mais espaço para os indivíduos em suas escolhas, garantindo uma maior autonomia devido a uma menor intervenção estatal. Atualmente, a intervenção do Estado nas relações familiares é feita de forma mais genérica, por meio de políticas públicas, decisões judiciais e, principalmente, por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos reputados indevidos pelo Estado.

O ministro e doutrinador Luiz Edson Fachin<sup>163</sup> afirma que a comunidade saiu de uma visão unitária para uma dimensão plural de família:

---

<sup>157</sup>BRASIL. *Código Civil, de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 24 mai. 2018.

<sup>158</sup>Ibidem.

<sup>159</sup>Ibidem. Artigo 421, do Código Civil: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>160</sup>Ibidem.

<sup>161</sup>Ibidem.

<sup>162</sup>CORIA, apud MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.32.

<sup>163</sup>FACHIN. Luiz Edson. *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Brasília: Série Cadernos do CEJ, 2002, p. 27. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>. Acesso: 20 mai. 2018.

(...) saímos daquela percepção transpessoal, em que os interesses da instituição estavam acima do interesse dos membros que a compunham, para uma visão eudemonista em que o que conta na família é, fundamentalmente, o conjunto dos interesses dos membros que a compõem e o direito de cada um deles de realização pessoal e afetiva.

No ordenamento jurídico pátrio, verifica-se a presença da autonomia privada em diversos institutos do Direito de Família, como: no princípio da escolha entre os regimes de bens, da livre estipulação e da imutabilidade; na realização do divórcio extrajudicial e a constituição da união estável. A autonomia privada também está presente no Direito sucessório, pois no testamento o indivíduo pode dispor dos seus bens para depois da morte.

Com o advento da Lei nº 11.441/07,<sup>164</sup> que alterou o Código Civil e o Código de Processo Civil, esta acabou por corroborar a autonomia privada ao facilitar o divórcio, a separação judicial e o recebimento de herança que ganharam uma nova modalidade agora extrajudicial, primando pela menor intervenção do Estado na vida privada das pessoas.

Rodrigo Pereira da Cunha<sup>165</sup> ao tratar da autonomia privada no direito de família tece comentários sobre a lei citada: “(...) que o espírito desta nova lei se propague pelos três poderes idealizados por Montesquieu, para que se faça um Estado menos interventor da vida privada. (...) já está passando da hora do Estado respeitar a autonomia privada”. O autor<sup>166</sup> entende que “se não há intervenção judicial para casar, não há necessidade e intervenção para descasar”.

Ressalta que a questão da atuação da autonomia privada no Direito de Família, a partir da Constituição, tem uma dimensão moral e extrapatrimonial que consagra a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana indica o reconhecimento do valor da pessoa como entidade, independente e preexistente ao ordenamento, dotada de direitos invioláveis que lhe são inerentes<sup>167</sup>. Exemplificando esses valores, tem-se: a vida humana, o direito à privacidade, a honra, a imagem, o nome, direito à identidade pessoal, a liberdade, a saúde, bem como o direito de buscar a felicidade.

A autonomia privada também está presente na reprodução assistida com a manifestação de vontade das partes de procriar, de colocar no mundo um ser humano, exigindo-se, portanto, a responsabilidade desse ato decorrente da livre manifestação de vontade. Diante

<sup>164</sup>BRASIL. *Lei nº 11.441*, de 04 de janeiro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato\\_2007-2010/2007/lei/11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/lei/11441.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2018.

<sup>165</sup>CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM 42, ano 7, jan.-fev. Belo Horizonte: IBDFAM e IOB Thomson, 2007, p.3.

<sup>166</sup>O jurista ainda reitera que a mudança da cultura intervencionista e o respeito à liberdade dos sujeitos implicam uma transformação nos relacionamentos, além de tornar cada indivíduo responsável pelos seus atos. *Ibidem*.

<sup>167</sup>MONTES, A. Lopes V. L. *Derecho Civil*: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 254.

da responsabilidade do ato exige-se que as partes (a mulher receptora, o cônjuge ou companheiro e doador) assinam um termo de consentimento informado. Há também nessa relação a presença do médico e os demais profissionais da área de saúde, entretanto estes são apenas depositários do consentimento prestado pelas partes.

Ante o exposto, conclui-se que em uma sociedade democrática a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada com a autonomia privada, assim como no âmbito do Direito de Família, pois a liberdade de escolha insere-se na busca da felicidade.

### **4.3 O Princípio da Intervenção Mínima do Estado como garantia da Autonomia Privada.**

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>168</sup>, a noção de intervenção mínima trata-se de simples projeção da autonomia privada e, como pedra de toque das relações regidas pelo Direito Civil como um todo, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado.

No mesmo sentido, para Tartuce<sup>169</sup> o princípio da intervenção mínima do mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família.

Com efeito, o Estado não deve sobrepor os interesses coletivos aos interesses privados, especialmente quando ausente uma justa causa na ação estatal que justifique à mitigação da autonomia privada.

Para Pereira<sup>170</sup>, o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares determina que a intervenção estatal somente se justifica como meio garantidor da realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental. Ressalta-se o que a autonomia privada é o poder que ambas as partes detêm de regulamentar os próprios interesses sem impedimentos e limitações coercitivas do Estado que só deve intervir minimamente e em situações de risco e excepcionais.

O princípio da intervenção mínima foi positivado no art. 100, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>171</sup>, segundo o qual se exige a mínima intervenção das autoridades e

<sup>168</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. V. 6. 9 ed. rev., atual. e ampl Salvador: Juspodivm, 2016, p. 47.

<sup>169</sup>TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v. 5.10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015, p.20.

<sup>170</sup> PEREIRA, op. cit., p. 183-184

<sup>171</sup> BRASIL, op. cit, nota 56.

instituições, a qual só devem atuar quando for indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente.

Com evolução do direito de família, as novas concepções do instituto e o surgimento de diversos arranjos familiares, “em fiel respeito à autodeterminação ante a desinstitucionalização da família (privatização da família)”<sup>172</sup> o Estado deve intervir minimamente. No intuito de proteger a diversidade e os novos modelos de família que surgiram, o CNJ editou a Resolução 175<sup>173</sup> de forma a regulamentar e obrigar os cartórios do país a realizar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, bem como proceder com a conversão em casamento das uniões estáveis homoafetivas já registradas.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho<sup>174</sup>:

Embora se reconheça o caráter muitas vezes publicístico das normas de direito de família, não se deve concluir, no entanto que o Estado deva interferir na ambiência familiar[...]. A Intervenção do Estado deve apenas e tão somente teor o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições próprias a manutenção do núcleo afetivo. (...) Não cabe, portando ao Estado, intervir na infraestrutura familiar da mesma maneira como (justificativa e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio Princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal.

Portanto, sustenta-se que o Estado não deve intervir nas relações familiares, pois seu dever é de atuar como protetor, no intuito de assegurar os direitos e garantias e, somente em situações excepcionais, diante do princípio da Intervenção Mínima do Estado, justifica-se sua intervenção.

<sup>172</sup>ALVES, Leonardo Barreto. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141.

<sup>173</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_175\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf)> Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>174</sup>GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-106.

#### 4.4 Autonomia privada: quais são as suas limitações?

Exercer com amplitude a autonomia privada não se configura em um poder absoluto, sem limites, o que seria impensável, porque nenhuma pessoa age completamente livre ou com total autonomia<sup>175</sup>.

Constata-se que o exercício do direito fundamental de realização dos direitos reprodutivos não pode ser exercido ilimitadamente. Ele encontra limites imanentes<sup>176</sup> ou internos e externos, dentro da visão exposta por Canotilho<sup>177</sup>.

O direito ao planejamento familiar já surgiu com suas limitações, pois deve ser respeitada, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana. A pessoa gerada pela técnica de reprodução assistida não pode ser coisificada como um objeto de um contrato, pois trata-se de um sujeito de direitos. Entretanto, deve-se ter em mente que o objeto do contrato na reprodução assistida é a prestação do serviço, ou seja, uma obrigação de fazer, a qual se possibilita a gestação e o nascimento de um ser.

Com efeito, pode-se indagar a possibilidade de surgir uma colisão de direitos fundamentais ante a autonomia privada das partes: o direito ao planejamento familiar por meio da reprodução assistida *versus* os direitos fundamentais do embrião (vida, nascimento, integridade física).

Entretanto, a escolha do doador do material genético pela receptora, modelo identificado, não infere no direito da criança, ao contrário, facilita. O que isso quer dizer? Que optando a doadora por escolher o doador não haverá a discussão quanto ao conhecimento da origem genética, pois a criança saberá quem foi o doador. No tocante as obrigações do doador para com a criança não haverá alteração da situação fática, pois, ele não terá responsabilidades patrimoniais e afetivas, apenas doará o material. Trata-se de um acordo de vontade entre as partes pautado na autonomia privada. Por conseguinte, a opção pelo modelo de doador identificado evita uma futura ação de reconhecimento de origem genética, por tal razão, a

<sup>175</sup>BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: RT, 2016, p.195.

<sup>176</sup>De acordo com Canotilho, “[...] os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade ou garantia”. Canotilho se refere a limites ou restrições constitucionais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 169.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

escolha do doador não acarreta nenhum ônus a criança a ser gerada, pelo contrário, lhe garante um direito fundamental.

Uma das consequências favoráveis que podem ocorrer com a escolha do doador é redução das inseminações clandestinas, pois seria possível a realização da inseminação artificial heteróloga pelas pessoas que buscam esse modelo em uma clínica especializada, o que protege a integridade física da gestante e do nascituro, já que o procedimento será realizado por médico habilitado e terá acompanhamento clínico.

O Conselho Nacional de Justiça, em março de 2016, editou o Provimento nº 52,<sup>178</sup> que previa que as clínicas de reprodução assistida deveriam remeter aos cartórios de registro civil os dados do doador. Dessa forma, poderia acarretar uma mitigação do anonimato, pois os dados do doador estariam de “certa forma” acessível no cartório para que as partes um dia pudessem ter acesso. Diante da ausência de lei, gerou-se muita discussão em relação à referida norma, inclusive se a parte poderia até utilizar do habeas data para ter acesso aos dados e quais seriam as consequências jurídicas.<sup>179</sup>

Muitos órgãos<sup>180</sup> defendiam a inconstitucionalidade do referido provimento, pois além de tratar da questão registral das crianças geradas pelo método de reprodução assistida, acabava por esbarrar em matérias de Direito Constitucional, para a qual o referido órgão não tem competência legislativa.

Entretanto, em novembro de 2017, o CNJ editou o provimento nº 63,<sup>181</sup> que revogou as normas previstas no provimento de nº 52,<sup>182</sup> deixando de prever a obrigatoriedade do envio dos dados do doador para os cartórios de registro civil.

<sup>178</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 52*, de março de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2018.

<sup>179</sup>A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo expediu o Parecer 186/2016-E, o qual optou por retirar do regramento administrativo local a necessidade de apresentação de termos de consentimento do doador de gametas ou embriões (artigo 2º, § 1º, I, do Provimento nº 52 do CNJ) e de seu eventual cônjuge ou companheiro (artigo 2º, § 1º, II, do Provimento nº 52 do CNJ) para o registro da criança, preservando-se o anonimato dos doadores ante as possíveis consequências jurídicas que dela podem decorrer. PROCESSO Nº 2016/82203. Corregedor Geral da Justiça: Manoel de Queiroz Pereira Calças. Disponibilizado: sexta-feira, 16 de setembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico - Caderno Administrativo, São Paulo, Ano IX - Edição 2202. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/\\_Documentos/Upload\\_Conteudo/files/Diario%20oficial%20-%2014\\_09\\_2016.pdf](http://www.cnj.jus.br/_Documentos/Upload_Conteudo/files/Diario%20oficial%20-%2014_09_2016.pdf)> Acesso em: 08 mai. 2018.

<sup>180</sup>Por meio de deliberação da Comissão de Estudos de Direito de Família e das Sucessões do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) foi emitido um parecer tecendo críticas ao Provimento e alegando a violação de competência do CNJ para legislar sobre a matéria. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-reproducao-assistida.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2018.

<sup>181</sup>BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Provimento Nº 63* de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf)> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>182</sup>Ibidem

As alegações daqueles que atacavam o provimento nº 52 era a possibilidade de a quebra do anonimato diminuir o número de doadores que já não é significativo no Brasil.<sup>183</sup> Essa redução dar-se-ia diante do temor das consequências no tocante à paternidade ante a ausência de norma. Ressalta-se, que com a facilidade de acesso aos dados do doador pela norma revogada acarretaria a quebra do anonimato sem qualquer anuência das partes.

Todavia, tais alegações não teriam maiores discussões no sistema *double track*, tendo em vista que tanto o doador como a receptora do material iriam estipular um contrato possibilitando ou não serem identificados, inclusive ocorrendo uma indicação específica por parte do contratante.

Resta concluir que a autonomia privada sofre limitações, mas no tocante aos direitos da criança a ser gerada na reprodução assistida heteróloga, como foi exposto, o contrato com a faculdade de escolha do doador não afeta seus direitos, pois não induz paternidade. Ademais, o direito do conhecimento à origem genética exposto no capítulo anterior é outra discussão que vai além da escolha do doador.

#### **4.5. Direito à felicidade: escolha do modelo de doador e planejamento familiar como autonomia privada**

Estranhamente, o Estado brasileiro vem demonstrando a tendência de presumir que os cidadãos não conseguem tomar as suas próprias decisões de maneira refletida e consciente. Desse modo, o Conselho Federal de Medicina impõe o modelo de doador anônimo às partes na reprodução assistida heteróloga.

A utilização das técnicas de reprodução assistida é tida como um direito fundamental do homem de realização do projeto parental, reconhecendo-o como verdadeiro direito da personalidade.

A questão da ausência de norma regulamentadora foi abordada exhaustivamente no trabalho e aqui retoma-se a questão diante da imposição de uma norma por um Conselho de Classe, ressalta-se, que se quer tem força de lei. A Resolução 2168 do CFM<sup>184</sup> é uma norma

---

<sup>183</sup>Há várias notícias e reportagens que tratam a questão do aumento da importação de sêmen ante o número limitado de doadores no Brasil e vasta informação das características dos doadores estrangeiros, o que também é bem limitado no país. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/06/17/importacao-de-semen-de-estrangeiros-aumenta-500-no-brasil-em-um-ano.htm>> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>184</sup> BRASIL, op. cit., nota 22.

ética e ao vincular as clínicas de reprodução assistida acaba por afrontar a autonomia privada das partes em escolher o modelo de doador que lhe convier. Aqui, faz-se necessário retomar ao segundo capítulo o qual defende que o modelo de doador de gametas mais adequado a ser adotado no ordenamento jurídico pátrio é *double track*, em que as partes optam pelo modelo que melhor as atende.

O modelo *double track* está em consonância com os princípios estudados nesse capítulo, quais sejam: planejamento familiar, autonomia privada e intervenção mínima do estado nas relações familiares.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), no momento que impõe aos doadores e receptores o sigilo da identidade de forma a não permitir que conheçam a identidade uns dos outros, atua de forma abusiva. O referido órgão, ao assim agir, não leva em consideração a vontade das partes que são o objeto de proteção. Desse modo, o CFM se coloca em posição de garantidor, pois ele pressupõe que os doadores e as receptoras não têm condições de tomar suas próprias decisões, de forma a tratá-los como incapazes e merecedores de proteção específica.

Contudo, mostra-se a quão equivocada é a atuação do CFM, pois tanto os doadores quanto os receptores são partes capazes e não necessitam que outrem escolha por eles, pois conforme já mencionado neste capítulo, vale a autonomia, e não a heteronomia reprodutiva.

Para que o CFM atue de forma a preservar a identidade das partes, faz-se necessário que elas mesmas o tenham solicitado. Sendo assim, a atuação do CFM, sem a devida solicitação e, principalmente, de forma contrária à vontade das partes, caracteriza uma tradicional desconsideração da autonomia privada dos pacientes por parte do órgão.

Ressalta-se que no item VII, da Resolução 2168, do CFM<sup>185</sup> prevê a cessão temporária de útero (barriga de aluguel), na qual estabelece os seguintes requisitos:

Item 1) A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Aqui, há uma relação de parentesco entre a cedente do útero, a genitora, e doadora do material, já que deve ser utilizada a técnica por parente até o 4º grau, ou seja, prima. Essa relação de parentesco se dá para garantir maior segurança às partes, pois uma terceira pessoa estranha à relação poderia criar laços afetivos com a criança durante a gestação, o que poderia acarretar

---

<sup>185</sup>Ibidem.



conflitos entre elas. Para doação de óvulos a Resolução estabelece ainda que a doadora tem de apresentar uma semelhança com a receptora.

Todavia, na reprodução assistida heteróloga, diferente do método visto anteriormente, não há necessidade de relações de parentesco, sequer é necessária relação de afetividade entre o doador e a mulher que deseja gerar a criança. Logo, não há maiores dificuldades de aplicar a autonomia privada entre as partes nesse processo de escolha do doador pela mãe, que é a parte mais interessada.

Desse modo, constata-se que planejamento familiar também estaria consubstanciado no modelo de doador *double track*, pois seria possível a parte escolher um doador anônimo ou identificado, bem como, um parente no intuito de manter um vínculo genético do filho com o parceiro.

A busca da felicidade é a premissa base para subsistência da família, pois ela não é apenas um retrato emoldurado. Sendo assim, a escolha do doador, seja ele anônimo ou não, consubstancia nesse direito da busca à felicidade que no Direito de Família se revela como fonte primária de realização dos projetos de vida familiar.

Ressalta-se que tramita no Senado Federal uma Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 2010<sup>186</sup>, cuja autoria é do senador Cristovam Buarque, e busca alterar o artigo 6º da Constituição Federal, para incluir o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade.

Na jurisprudência pátria a felicidade foi incorporada como de princípio em razão do julgamento no STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132<sup>187</sup>, de Relatoria do Min. Ayres Britto. De acordo com o entendimento da corte suprema a busca da felicidade é um princípio constitucional que decorre de forma implícita do sistema constitucional vigente e, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>188</sup>.

Constata-se que a busca da felicidade assume um papel decisivo no processo de afirmação dos direitos fundamentais, pois qualifica-se como um fator de impedimento de práticas ou omissões lesivas que possa comprometer os direitos individuais.

---

<sup>186</sup>Idem. *Proposta de Emenda à Constituição nº 19*, de 2010. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>187</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>188</sup>No referido julgamento, reconheceu-se a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo com base no princípio da felicidade e da igualdade.

E sob os mesmos fundamentos adotados na ADPF<sup>189</sup> o princípio da felicidade deve ser aplicado para que as partes que busquem a reprodução assistida heteróloga possam optar pela forma que lhe convém, podendo escolher o doador e as cláusulas contratuais a serem estipuladas.

Ademais, o artigo 9º, da Lei nº 9.263, de 1996<sup>190</sup> (Lei do Planejamento Familiar), garante a liberdade de opção quanto aos métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, mas desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas. A referida Lei também não estabelece nenhum impedimento de que, por meio voluntário e consciente, as mulheres receptoras do material genético conheçam a identidade dos doadores de gametas e vice-versa.

Desse modo, indaga-se se o anonimato do doador deve ser uma imposição ou uma escolha? Teria um Conselho de Classe competência normativa de modo atingir a autonomia privada das partes, o direito ao planejamento familiar e a busca da felicidade?

#### **4.6 Inseminação artificial clandestina: o impacto da imposição do anonimato do doador.**

Salienta-se que as técnicas de R.A. no Brasil tem alto custo e por tal razão tem se tornado inacessível para a população de classe média à baixa o que aumenta sua realização de forma clandestina. O número de doadores na internet<sup>191</sup> aumentou consideravelmente e, atualmente existe uma página no Facebook<sup>192</sup> em que os doadores oferecem os espermatozoides por certa quantia. A venda de material genético é proibida no Brasil<sup>193</sup>, entretanto não há nenhuma penalidade para quem pratica esse tipo de conduta.

A reprodução assistida clandestina é realizada após a coleta do material pelo doador e feita por meio de um tubo que é entregue para mulher/receptora introjetar na vagina com auxílio

---

<sup>189</sup> Ibidem.

<sup>190</sup> Idem. Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)> Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>191</sup> GLOBO. BBC News. *Os brasileiros que doam esperma para inseminações caseiras*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/os-brasileiros-que-doam-esperma-para-inseminacoes-caseiras.ghtml>> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>192</sup> FACEBOOK. *Doador de esperma*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/doador.esperma/>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>193</sup> BRASIL. op. cit, nota 1. O artigo. 199, §4º, da Constituição Federal prevê: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

de uma seringa, ou pode ser realizado pelo método convencional, por meio da relação sexual, se as partes assim acordarem. Essa prática tem sido muito constante não só por pessoas que não tem condições de arcar com os custos de uma clínica, mas também por aquelas que desejam conhecer a identidade do doador, bem como escolher alguém próximo ou utilizar o material de algum parente.<sup>194</sup>

Esse aumento de inseminações clandestinas se deu não só pelo alto custo, mas também pela imposição do modelo de doador anônimo utilizado pelo Conselho Federal de Medicina. A mudança desse estigma de doador poderia aumentar o número de fertilização artificial nas clínicas e reduzir os meios clandestinos que não possuem qualquer acompanhamento médico e podem por em risco à saúde da mulher<sup>195</sup> e do nascituro.

Segundo o Ministério da Saúde, não há nenhuma regulamentação para esse método de inseminação caseira. Contudo, por se tratar de uma decisão particular das partes que o faz por própria conta e risco, não é possível ter controle sobre elas. Diante da falta de normas não há na Justiça nenhum tipo de orientação que criminalize a prática.

Uma história<sup>196</sup> que tomou notoriedade foi o caso da atriz Karina Bacchi que desejava ter um filho pelo método da reprodução assistida, mas tinha preferência por escolher as características específicas do doador. Como no Brasil não é possível tal escolha, na inseminação artificial realizada em uma clínica, a atriz buscou o método nos Estados Unidos, já o país permite essa faculdade.

No Brasil, as características físicas do doador são registradas para que os casais ou mulheres que querem fazer uma produção independente possam ter uma informação mínima sobre a carga genética do doador, razão pela qual essas informações são limitadas. Por outro lado, nos Estados Unidos, mesmo que doador seja anônimo a receptora pode ver fotos da infância e adolescência dele, além de ter informações sobre gostos, filosofia de vida, religião, hobbies, etc., (vide o estudo do direito comparado no segundo capítulo no que se refere ao *design baby*). Entretanto, dessa forma a mãe pode verificar se o homem têm não apenas as

---

<sup>194</sup>PATRÍCIA, Karlla. *Inseminação artificial caseira: o doador de esperma anuncia em grupos e páginas nas redes sociais*. Diário da Biologia. Disponível em: <<http://diariodebiologia.com/2017/11/inseminacao-artificial-doador-de-esperma-facebook/>> Acesso em: 28 mai. 2018.

<sup>195</sup>ANVISA. *Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados*. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/noticia/s/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificialcaseira-riscosecuidados/219201/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_viewMode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_languageId=pt\\_BR](http://portal.anvisa.gov.br/noticia/s/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificialcaseira-riscosecuidados/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR)> Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>196</sup>A notícia sobre a maternidade e a escolha do doador foi publicada em uma reportagem do jornal O Globo. O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/importacao-de-semen-dos-eua-para-brasil-causa-polemica-22567224>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

características físicas, mas também psicológica ideológica que esteja dentro do esperado por ela.

Ressalta-se que a busca pela inseminação artificial nos Estados Unidos possui um custo alto para os brasileiros, principalmente devido à alta do dólar em relação ao real, o que torna inacessível para maioria da população a busca do tratamento no exterior e acaba por optar pelo procedimento de forma clandestina.

#### **4.7 Ativismo judicial ante a ausência de regulamentação da Reprodução Assistida heteróloga**

Ante a ausência de leis que regulamentem a reprodução assistida e com as evoluções sociais buscando adequar os anseios que surgiram no decorrer dos anos, o Judiciário brasileiro acaba por regulamentar essas situações que não possuem solução legal concreta. Pois em razão dessa carência normativa os acordos privados realizados entre as partes que optam pela reprodução assistida de forma clandestina podem ser questionados judicialmente. Desse modo, os tribunais são instados a se manifestar sobre as lacunas existentes e atuar como legislador.

Nesse sentido, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>197</sup> inovou ao dar provimento à apelação de um casal para que o procedimento da reprodução assistida fosse realizado a partir de espermatozóides doados pelo cunhado da mulher. O argumento utilizado no julgado foi que a lei que rege o planejamento familiar não impede que os pais conheçam os doadores de gametas, e vice-versa, em caso de inseminação artificial.

Em relação à autorização da inseminação com material genético do cunhado, no caso citado, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) foi contra o procedimento, pois alegou que tal procedimento viola as normas éticas previstas na Resolução nº 2.168/2017,<sup>198</sup> do CFM, que prevê a obrigatoriedade do anonimato do doador.

Entretanto, os julgadores entenderam de modo diverso, com base no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal<sup>199</sup> que prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e ainda há a vedação de qualquer forma coercitiva por parte de instituições

---

<sup>197</sup>Idem. Tribunal Federal da 3ª Região. *Apelação Cível nº 0021514-95.2015.4.03.6100/SP*. Relator: Des. Marli Ferreira. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437305815/apelacao-civel-ams-215149520154036100-sp/inteiro-teor-437305839?ref=juris-tabs>> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>198</sup>Idem, op. cit., nota 7.

<sup>199</sup>Idem, op. cit., nota 1.

oficiais ou privadas. Além do mais, para os julgadores não haveria qualquer motivo que impedisse a realização da fertilização com o material do cunhado, pois não houve nenhuma indicação de que o procedimento pudesse colocar em risco a integridade física do nascituro, nem da futura mãe, o que seria uma limitação à autonomia privada.

No que tange à paternidade, ficou consignado no julgado que o pai biológico não poderá futuramente, para quaisquer fins, pleitear o reconhecimento da paternidade da criança gerada a partir de seu espermatozoide, o mesmo foi aplicado para criança.

Ressalta-se que, segundo o acórdão, o anonimato previsto na Resolução nº 2.168, de 2017,<sup>200</sup> do CFM visa a proteger o doador ou os receptores somente quando não existir interesse ou vontade de se conhecer a origem dos gametas fornecidos.

No Processo nº 0307861-36.2015.8.24.0020<sup>201</sup>, originário de Criciúma-SC foi autorizado o registro de nascimento por duas mães homossexuais, tendo sido a criança gerada por inseminação clandestina. Em um primeiro momento, houve negativa do direito, sob a alegação de afronta ao anonimato na inseminação caseira, mas o magistrado reconsiderou o pedido após observar a ausência de penalidade para o caso. Considerou-se também o vínculo afetivo que a criança terá com a companheira da mãe após o nascimento.

Ressalta-se que a autorização do registro de nascimento pela companheira da gestante, nas relações homossexuais, de crianças geradas por inseminação caseira tem sido cada vez mais comum no judiciário brasileiro.

Em 2016, o STF, no RE nº 898.060,<sup>202</sup> inovou ao reconhecer o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontrava resistência em parte da doutrina de direito de família; afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada “multiparentalidade”. No caso paradigmático, um rapaz solicitou o reconhecimento da paternidade do pai biológico sem que houvesse a exclusão do pai socioafetivo, ora padrasto, da certidão de nascimento. Nesse caso emblemático, foi reconhecido o direito sucessório de ambos os pais, socioafetivo e biológico.

A questão da multiparentalidade já havia sido debatida na doutrina e os tribunais frequentemente se manifestavam sobre o tema. Entre outras, a sentença da juíza titular da 15ª

<sup>200</sup>Idem, op. cit., nota 7.

<sup>201</sup>Idem. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Processo nº 0307861-36.2015.8.24.0020*. Juiz: Arlon Jesus Soares de Souza. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/249420198/andamento-do-processo-n-0307861-3620158240020-autos-28-10-2015-do-tjsc>> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>202</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898.060*, Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>> Acesso em: 09 jun. 2018.

Vara de Família da Capital do Rio de Janeiro, Maria Aglae Vilardo, reconheceu, em 2014, o direito de três irmãos terem duas mães, a biológica e a socioafetiva, em seus registros de nascimento<sup>203</sup>.

Contudo, anteriormente à decisão do STF, com repercussão geral, o STJ<sup>204</sup> entendeu não ser possível que, por vontade do pai socioafetivo, fosse realizado o duplo registro na Certidão de Nascimento do menor. Ressaltou-se no julgado que se a questão é deixar bens, pode-se fazer doação ou disposição testamentária em favor do menor.

Esse precedente da Corte Suprema sobre a multiparentalidade pode trazer reflexos na reprodução assistida heteróloga, pois embora não haja presunção de paternidade do doador de gametas, diante da ausência de norma regulamentadora, o judiciário pode ser instado a reconhecer a paternidade biológica e socioafetiva também nesses casos, principalmente quando se tratar de inseminação clandestina, o que causa insegurança jurídica.

A partir dos julgados analisados, é possível concluir pela evolução na jurisprudência pátria em termos de Direito de Família. Já no tocante à reprodução assistida, acaba por se realizar um ativismo judicial, tendo em vista a falta de parâmetros e normas a serem seguidas pelo magistrado.

---

<sup>203</sup>Idem. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *TJRJ reconhece multiparentalidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5243/TJRJ+recoconhece+multiparentalidade>> Acesso em: 22 mai. 2018.

<sup>204</sup>Idem. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1333086/RO*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23302549/recurso-especial-resp-1328306-df-2012-0120657-7-stj/inteiro-teor-23302550?ref=juris-tabs>> Acesso em: 23 mai. 2018.

## CONCLUSÃO

O direito a saúde engloba a saúde reprodutiva, ou seja, o direito de procriar e de constituir família e, como garantia desses direitos implícitos constitucionalmente surgiram as técnicas de reprodução assistida como um método de concepção alternativo.

Com a evolução cultural, científica e as conseqüentes mudanças no Direito de Família o modelo de família patriarcal ficou ultrapassado com o surgimento de diversos modelos de entidades familiares. O direito não acompanhou essa evolução social e, com isso, algumas normas se tornaram ultrapassadas e omissas, razão pela qual o judiciário precisou agir para respaldar esses novos institutos. Reconheceu-se a igualdade entre os cônjuges e companheiros, bem como tornou-se legal o casamento entre homossexuais. Ademais, no campo da biotécnica o Código Civil legalizou a reprodução assistida (homóloga e heteróloga), porém não houve uma lei que regulamentasse essas técnicas. O Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio de Resoluções, regulamenta a atuação dos profissionais que realizam o procedimento da reprodução assistida e no tocante ao método heterólogo por meio da inseminação artificial impõe a manutenção do sigilo da identidade dos doadores de gameta.

Muito se discute a respeito do direito de manter o anonimato o doador em garantia ao direito à intimidade, entretanto, deve ser sopesado com o direito ao conhecimento da origem genética da pessoa gerada. Trata-se de direitos pautados em princípios fundamentais que devem ser ponderados para que se dê prevalência o que for mais sensível e que possa acarretar maiores prejuízos, pois eles não são absolutos.

Ademais, analisa-se alguns países que possuem leis regulamentando as técnicas de reprodução assistida e os modelos de doador adotados, sendo eles: anônimo (França, Itália, Dinamarca, Hungria e Espanha), identificado (Suécia, Reino Unido e Espanha) e, um modelo liberal - double track (Estados Unidos, Canadá e Bélgica), no qual as partes tem a liberdade de escolha, sem qualquer imposição. No Brasil, embora não haja lei sobre a matéria é imposto o modelo do anonimato em razão do dever de observância das clínicas de reprodução assistida às normas impostas pelo CFM. Desse modo, mesmo que a mulher opte por fazer a doação com um doador identificado, não será possível realizar o procedimento em uma clínica. Por tal razão, as mulheres ou casais que desejam escolher o seu doador realizem o método de forma clandestina.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina impõe o modelo de doador anônimo as partes atuando como garantidor, pois parte do princípio que as partes não podem estabelecer o modelo que lhe convém. Entretanto, não há lei que impeça que as partes de escolher o modelo de doador identificado, sendo assim, o CFM interfere na vida privada e no núcleo decisório das partes. Ante o exposto, defende-se que o modelo de doador double track é o que mais se amolda ao ordenamento jurídico pátrio.

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, designando-lhes a respectiva disciplina jurídica. O referido instituto foi elevado à condição de direito fundamental e é, ao mesmo tempo, delimitado por outros direitos fundamentais. Desse modo, deve ser respeitada a vontade estabelecida pelas partes e não expurgar seus interesses, pois não há lei que estabeleça que as partes não podem ter opção de escolha e na seara do direito de família o Estado deve intervir minimamente de forma a garantir os direitos mínimos e a dignidade das partes.

A omissão legislativa sobre a temática acaba por transferir ao judiciário o dever de atuar, suprimindo essa omissão e com isso verifica-se alguns casos paradigmáticos que vem inovando, principalmente no direito de família. No tocante a reprodução assistida heteróloga o tema ainda é muito recente e não há muitos julgados, principalmente nos tribunais superiores, mas já é possível ver uma tendência por parte de alguns tribunais em reconhecer a autonomia privada para que as partes envolvidas estabeleçam o modelo de doador identificado.



## REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa, FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução Assistida e as relações de parentesco. *Jus Navigandi*. n.58, ago. 2002.

ALEMANHA. *Embryo Protection Act. 1990*. Disponível em: <<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=23499&l=1>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Oberlandesgericht Hamm*. Disponível em: <<http://news.doccheck.com/en/921/donor-affair-low-tide-in-the-seed-bank/>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *The center of bioethics e human dignity*. Disponível em:<<https://cbhd.org/content/g12-country-regulations-assisted-reproductive-technologies>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA: estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, Leonardo Barreto. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANVISA. *Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados*. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/br/noticias//asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificialcaseirarisecuidados/219201/popup?101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_viewMode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_languageId=pt\\_BR](http://portal.anvisa.gov.br/br/noticias//asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificialcaseirarisecuidados/219201/popup?101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR)>. Acesso em: 12 set. 2018.

BALLANTYNE, Mark. *Comment "My Daddy's Name is Donor": Evaluating Sperm Donation Anonymity and Regulation*, Richmond Journal of Law and the Public Interest, v. 15, n. 3, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. 3ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2016.

BÉLGICA. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Law on Research into Embryos In Vitro*. Disponível em: <<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BLACKBURN-STARZA, Antony. *Sperm donor anonymity: Canadian Supreme Court will not hear woman's appeal*. Bionews, 03 June 2013. Disponível em: <[http://www.bionews.org/page\\_305937.asp](http://www.bionews.org/page_305937.asp)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia privada e negócio jurídico*. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, set. 2005.

\_\_\_\_\_. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. *Código Civil, de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 24 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código Civil, de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358*, de 19 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.957*, de 06 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina *Resolução nº 2.013*, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.121*, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2121/2015\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2121/2015_2015.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63* de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 22. jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_175\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.L8069.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *TJRJ reconhece multiparentalidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5243/TJRJ+recoconhece+multiparentalidade>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263htm)>. Acesso em: 22 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.010*, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato\\_2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato_2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

\_\_\_\_\_*Lei nº 11.441*, de 04 de janeiro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2018.

\_\_\_\_\_*Ministério da Saúde. Portaria nº 426/GM*, de 22 de março de 2005. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria\\_426\\_ac.htm](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_*Proposta de Emenda à Constituição nº 19*, de 2010. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/97622>> Acesso em: 22 mai. 2018.

\_\_\_\_\_*Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132*. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_*Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 222445*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292991/recurso-especial-resp-222445-pr-1999-0061055-5/inteiro-teor-100218433>>. Acesso em: 30 out. 2017.

\_\_\_\_\_*Supremo Tribunal Federal, RE nº 363889*. Relator: Min. Dias Tofeli. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_Min\\_Luiz\\_Fux\\_\\_RE\\_363889\\_coisa\\_julgada\\_e\\_DNA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_Min_Luiz_Fux__RE_363889_coisa_julgada_e_DNA.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_*Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 807849*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135904/recurso-especial-resp-807849-rj-2006-0003284-7/inteiro-teor-19135905?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out. 2017.

\_\_\_\_\_*Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1333086/RO*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23302549/recurso-especial-resp-1328306-df-2012-0120657-7-stj/inteiro-teor-23302550?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

\_\_\_\_\_*Supremo Tribunal Federal. RE nº 898.060*, Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

\_\_\_\_\_*Supremo Tribunal Federal. RE nº 1401719/MG*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conhecimento+origem+genetica&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

\_\_\_\_\_*Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Processo nº 0307861-36.2015.8.24.0020*. Juiz: Arlon Jesus Soares de Souza. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/249420198/andamento-do-processo-n-0307861-3620158240020-autos-28-10-2015-do-tj-sc>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

\_\_\_\_\_*Tribunal Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0021514-95.2015.4.03.6100/SP*. Relator: Des. Marli Ferreira. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/437305815/apelacao-civel-ams-215149520154036100-sp/inteiro-teor-437305839?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BRUNET, Laurence; KUNSTMANN, Jean-Marie. *Gamete donation in France: the future of the anonymity doctrine*. *Med Health Care and Philos*, n.º. 16, 2013.

BULOS, Uadi Lammego. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSARDO, et al. The evolution of legislation in the field of medically assisted reproduction and embryo stem cell research in european union members. *BioMed Research International*, v. 2014, article ID 307160, 2014.

CABRAL, Eurico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*. a.5, n. 19, jul./set., 2004.

CAHN, Naomi R. *Test tube families*. Why the fertility market needs legal regulation. *New York and London: New York University Press*, 2009.

CANADÁ. *The Assisted Human Reproduction Act 2004*. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/index.html>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2011 BCSC 656 Date: 20110519 Docket: S087449 Registry: Vancouver. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/bc/news/bc-110519-pratten-sperm-donorruling.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. A reprodução medicamente assistida e seus aspectos bioéticos e jurídico-legais. In: CASTRO, José Antônio Lima. *Temas atuais de direito civil: um enfoque constitucional*. Belo Horizonte: IEC, 2005.

CLARK, Brigitte. *A balancing act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 40, no. 3, 2012.

COSTA, Edna Maria Farah Hervey; FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz. *Teoria e prática do direito de família: de acordo com a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Letras jurídicas: Bestbook Editora, 2003.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Processo n.º 2016/82203*. Corregedor Geral da Justiça: Manoel de Queiroz Pereira Calças. Disponível em: <[http://www.cnbsp.org.br/Documentos/Upload\\_Conteudo/files/Diario%20oficial%20%2014\\_09\\_2016.pdf](http://www.cnbsp.org.br/Documentos/Upload_Conteudo/files/Diario%20oficial%20%2014_09_2016.pdf)> Acesso em: 08 mai. 2018.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução humana assistida: direito à identidade genética x Direito ao anonimato do doador*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, IBDFAM 42, ano 7, jan.-fev. Belo Horizonte: IBDFAM e IOB Thomson, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCA. *Cryos Internacional Sperm Bank*. Disponível em: <<https://dk.cryosinternational.com/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Estado Atual do Biodireito*, 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de La Vida. Una Discusión Acerca Del Aborto, La Eutanasia y La Libertad Individual*. Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e o Direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ESPANHA. *Lei nº 14*, de 27 de maio de 2006. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei de Bioética 14*, de 3 de julho de 2007. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/07/04/07/04/pdfs/A28826-28848.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

FACEBOOK. *Doador de esperma*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/doador.esperma/>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Brasília: Série Cadernos do CEJ, 2002, p. 27. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>. Acesso: 20 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 9 ed. rev., atual. e ampl Salvador/BA: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9 ed. rev., atual. e ampl. Salvador/BA: JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da personalização*. Curitiba: Juruá, 2011.

FIUZA, César., SÁ, Maria de Fátima Freide de. E NAVES, Bruno Torquato de Olivera. *Direito Civil. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Belo Horizonte/MG: Editora DelRey. 2007

FRITH, Lucy. *Gamete donation and anonymity: the ethical and legal debate*. 16 Hum. Reprod. 818, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GLENNON, Theresa. UK and US perspectives on the regulation of gamete donation. In RICHARDS, M.; PENNING, G.; APPLEBY, J.B. *Reproductive Donation: Practice, policy and bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *Reproductive Donation. Practice, policy and bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2012.

GLOBO. BBC News. *Os brasileiros que doam espermatozoides para inseminações caseiras*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticias/os-brasileiros-que-doam-espermatozoides-para-inseminacoes-caseiras.ghtml>> Acesso em: 22 mai. 2018

GOTTLIEB; et al. *Disclosure of donor insemination to the child: the impact of Swedish legislation on couples attitudes*, Human Reproduction, no. 15, 2000.

GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Limites e desafios associados à doação de gametas no Brasil, à luz do direito estrangeiro: a aplicabilidade do sistema double track no ordenamento jurídico pátrio*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas -Belo Horizonte, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *El futuro de La Natureza Humana. Hacia una Eugenesia Liberal?* Tradução de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

HUNGRIA. *Act CLIV/1997*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex10.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto Ministerial n° 30, de 1998*. Disponível em: <[http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid=99800030.NM](http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=99800030.NM)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Hungary in Figures 2010*. Disponível em: <[http://www.ksh.hu/pls/ksh/docs/hun/xftp/idoszaki/hif/hungary\\_in\\_figures\\_2010.pdf](http://www.ksh.hu/pls/ksh/docs/hun/xftp/idoszaki/hif/hungary_in_figures_2010.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?ano=2014&numero=162>> . Acesso em: 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 40/2004*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>> Acesso em: 03 jan. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Segunda seção. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e a filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

LEA, Laura. *UK's national sperm bank stops recruiting donos*. Notícia no site da BBC UK do dia 27 de outubro de 2016. <Disponível em: <http://www.bbc.com/news/uk-37786576>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

LEITE, Eduardo Oliveira. Os sete pecados do novo direito de família. *Revista dos Tribunais* São Paulo, V. 94, n.833, mar. 2005.

\_\_\_\_\_. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MANZOOR, Sarfraz. *Come inside: the world's biggest sperm bank*. The Guardian, 2 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2012/nov/02/worlds-biggest-sperm-bankdenmark>>. Acesso em: 26 out. 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Albertino Daniel de. *Filiação Biológica: tentando diálogo direito*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenador). *Grandes temas da atualidade – DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau et al. O Cuidado com o Menor de Idade na Observância de sua Vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTES, A. Lopes V. L. *Derecho Civil: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

MOTLUK, Alison. *Canadian court bans anonymous sperm and egg donation*. Nature international weekly journal of science. Published online 27 May 2011. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/2011/110527/full/news.2011.329.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

NANO, Stephanie. *AP: Most fertility clinics break the rules*. Health Works, 23 fev. 2009. Disponível em: <<https://www.geneticsandsociety.org/article/most-fertility-clinics-break-rules>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

ORSELLI, Helena de Azeredo. A reprodução humana medicamente assistida e seus reflexos jurídicos na filiação. *Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau*, n.13, jan/jun, 2003.

PATRÍCIA, Karlla. *Inseminação artificial caseira: o doador de esperma anuncia em grupos e páginas nas redes sociais*. Diário da Biologia. Disponível em: <<http://diariodebiologia.com/2017/11/inseminacao-artificial-doador-de-esperma-facebook/>> Acesso em: 28 mai. 2018.

PATTINSON D. *Shaun Medical Law Review*, V.10, Issue 3, 1 January 2002, Pages 295–307, publicado no site oficial do Cryos Internacional Sperm Bank. Disponível em: <<http://dro.dur.ac.uk/3270/1/3270.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PENNINGS, Guido. *The double track policy for donor anonymity*. *Human Reproduction* 12, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REINO UNIDO. *Human Fertilization and Embryology Act*, Disponível em: <[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga\\_20080022\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Human Fertilization and Embryology Authority*. Disponível em: <<http://hfeaarchive.uksouth.cloudapp.azure.com/www.hfea.gov.uk/548.html>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

ROHRMANN, Carlos Alberto; RÊGO, Cristiane. O paternalismo estatal e o fenômeno da juridicização da vida privada. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 27, 2013.

SABATELLO, Maya. *Regulating gamete donation, in U.S.: ethical, legal and social reimplications*. *Laws*, V. 4, 2015.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUÉCIA. *Biobanks in Medical Care Act 297*. Disponível em: <<http://biobanksverige.se/wp-content/uploads/Biobanks-in-medical-care-act-2002-297.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Genetic Integrity Act 351*. Disponível em: <<http://www.smer.se/news/the-genetic-integrity-act-2006351/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 5.10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VICENTE, Dário. *Direito Comparado*, v. I, 3. ed. Lisboa: Almedina, 2014.

WARE, Jessica. German court case may put an end to a sperm donor's anonymity. Bionews, 11 fev. 2013. Disponível em: <[http://www.bionews.org.uk/page\\_251346.asp](http://www.bionews.org.uk/page_251346.asp)>. Acesso em: 12 jan. 2017.