

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL

FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

MARIANA SENA BOMFIM

**A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O CHOQUE DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR X DIREITO DA  
PESSOA DE CONHECER A SUA ORIGEM GENÉTICA**

MACEIÓ/AL

2023

MARIANA SENA BOMFIM

**A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E O CHOQUE DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS:**

**DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR X DIREITO DA PESSOA DE CONHECER A  
SUA ORIGEM GENÉTICA.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Paes de Lira

---

Maceió/AL

2023

**Catálogo na Fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

B695i Bomfim, Mariana Sena.  
A inseminação artificial heteróloga e o choque de direitos fundamentais : direito ao anonimato do doador x direito da pessoa de conhecer a sua origem genética / Mariana Sena Bomfim. – 2023.  
52 f.

Orientador: Wladimir Paes de Lira.  
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2023.

Bibliografia: f. 49-52.

1. Direitos fundamentais. 2. Técnicas de reprodução assistida. 3. Inseminação artificial heteróloga. 4. Anonimato doador. 5. Origem genética. I. Título.

CDU: 342.7:616-089.888.11

## RESUMO

A inseminação artificial heteróloga é uma técnica de reprodução assistida usada por algumas pessoas para realizar o projeto familiar de ter filhos. Diante de uma omissão legislativa sobre o assunto, alguns imbróglis jurídicos são gerados. Assim, o presente trabalho teve como objetivo analisar a colisão entre a disposição que estipula o anonimato do doador e o direito do indivíduo de conhecer a sua origem genética. Diante disso, a metodologia utilizada foi uma pesquisa exploratória a partir de levantamentos bibliográficos em livros e artigos científicos, como também legislação e jurisprudência. Como o tema se refere a direitos fundamentais, há um consenso doutrinário que não existe previamente um direito superior ao outro e diante da omissão legislativa, fica a critério do judiciário analisar o caso concreto. Não foram encontradas muitas ações de indivíduos frutos de inseminação artificial heteróloga pleiteando ações para investigar a sua origem genética. Já em relação a demandas de pessoas adotadas buscando essa investigação, foram encontradas várias ações judiciais. Conforme foi analisado no presente trabalho, esse direito de investigar a origem genética permitida pelo art. 48 do ECA a pessoas adotadas também pode ser estendido a pessoas frutos de inseminação artificial heteróloga.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Reprodução assistida. Inseminação artificial heteróloga. Anonimato do doador. Origem Genética.

## ABSTRACT

Heterologous artificial insemination is an assisted reproduction technique used by some people to carry out the family project of having children. Faced with a legislative omission on the subject, some legal imbroglios are generated. Thus, the present work aims to analyze the collision between the provision that stipulates the anonymity of the donor and the individual's right to know his genetic origin. Therefore, the methodology used was an exploratory research based on a bibliographic survey of books and scientific articles, as well as legislation and jurisprudence. As the subject refers to fundamental rights, there is a doctrinal consensus that there is no prior right superior to the other and in the face of legislative omission, it is up to the judiciary to analyze the concrete case. Not many actions were found of individuals resulting from heterologous artificial insemination claiming actions to investigate their genetic origin. Regarding the demands of adopted people seeking this investigation, several lawsuits were found. As analyzed in the present work, this right to investigate the genetic origin allowed by art. 48 of the ECA to adopted persons can also be extended to persons resulting from heterologous artificial insemination.

**Keywords:** Fundamental rights. Assisted reproduction. Heterologous artificial insemination. Donor anonymity. Genetic Origin.

## SUMÁRIO

<b>1.INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL</b> .....	9
<b>2.1 Direitos fundamentais</b> .....	9
<b>2.2 Direitos Fundamentais x Direitos Humanos</b> .....	10
<b>2.3 Direitos Fundamentais na seara do direito civil</b> .....	13
<b>2.4 Considerações sobre inseminação artificial</b> .....	14
<b>2.5 Inseminação artificial e os direitos fundamentais</b> .....	18
<b>3. DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR X DIREITO DA CRIANÇA DE CONHECER A PRÓPRIA FILIAÇÃO</b> .....	21
<b>3.1 Família ao longo da história</b> .....	21
<b>3.2 Filiação no ordenamento jurídico (Filiação como direito fundamental da criança e do adolescente)</b> .....	23
<b>3.3 Diferença entre filiação e origem genética e a importância da última na construção da identidade</b> .....	26
<b>3.4 A doação anônima de sêmen na inseminação artificial heteróloga</b> .....	30
<b>3.5 Responsabilidade das clínicas em relação ao anonimato</b> .....	33
<b>4. CHOQUE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ANÁLISE DE JULGADOS</b> .....	35
<b>4.1 Choques de direitos fundamentais</b> .....	35
<b>4.2 Análise de julgados</b> .....	37
<b>4.3 Omissão legislativa e o procedimento adequado para pleitear a origem genética</b> ....	44
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49

## 1. INTRODUÇÃO

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida que possibilita a casais com questões de infertilidade, LGBTs ou pessoas solteiras de realizarem o sonho de serem pais ou mães. Assim, tal modalidade de fertilização representa um avanço da ciência e tecnologia contribuindo para reduzir impasses no tocante a reprodução.

Nesse sentido, é uma técnica possível dentro das possibilidades de reprodução assistida, entretanto, apesar dos aumentos sucessivos na realização de suas práticas, ainda não é acessível para uma grande parte da população diante dos custos econômicos necessários para a sua realização, já que o sistema único de saúde (SUS) oferece o serviço de maneira insuficiente pela demanda, com poucos hospitais pelo país.

O direito à família é um direito fundamental presente na Constituição de 88 que assegura um tratamento igual a todos conforme o princípio da dignidade da pessoa humana. Ocorre que nem sempre foi assim, tanto historicamente como de maneira legislativa, onde havia uma discriminação e diferenciação com os diversos tipos de arranjos familiares.

Diante da evolução ocorrida, principalmente com a Constituição de 88, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019) afirmam que no tocante às relações familiares deve haver um reconhecimento da tutela dos direitos da personalidade de cada um dos seus membros que vão desde liberdade de orientação afetiva a igualdade entre cônjuges e companheiros. Além do direito de família, é um tema que envolve outros ramos do direito como direito constitucional, direito internacional, responsabilidade civil, contratos, entre outros ramos.

Assim, as técnicas de reprodução assistida, em especial a inseminação artificial heteróloga, possibilitaram que novos arranjos familiares se formassem, sendo uma solução para diversos casais e pessoas. Acontece que do ponto de vista jurídico, há um imbróglio em relação a essas técnicas, pois atualmente são reguladas pelas resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que não são normas jurídicas e assim, há algumas lacunas em relação a esses procedimentos.

Diante disso, o presente trabalho pretende discutir sobre dois direitos fundamentais muito importantes que envolvem a técnica de inseminação artificial heteróloga, que são o direito ao anonimato do doador e o direito de descobrir a origem genética da pessoa fruto dessa técnica. Esses dois pontos entram em choque porque a resolução do Conselho Federal de Medicina exige que a doação do sêmen para a realização da técnica seja feita por doador

anônimo e o Estatuto da Criança e do Adolescente oportuniza o direito de descobrir a própria origem genética. Assim, diante dessa incompatibilidade, há um choque entre direitos fundamentais.

A CF/88 ou demais legislações apesar de não disporem sobre uma hierarquia entre direitos fundamentais, ao analisar o caso concreto pode prevalecer um sobre o outro. No ordenamento jurídico brasileiro, há uma omissão legislativa sobre o tema da inseminação artificial heteróloga e as demais técnicas de reprodução assistida, sendo os procedimentos que envolvem essas técnicas regulados pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, que do ponto de vista jurídico não são consideradas leis.

Assim, a presente pesquisa tem como objeto de estudo a proteção de identidade dos doadores sêmen para a inseminação artificial heteróloga e o estudo da importância que as pessoas que nasceram através deste procedimento possam conhecer a sua própria origem genética.

Desta forma, busca-se elencar os pontos positivos e negativos de cada questão e também como e quando cada caso prevalecerá diante dos choques de direitos fundamentais com embasamento em legislação, discussões doutrinárias e jurisprudência.

Utilizou-se como metodologia científica para o desenvolvimento dessa pesquisa o levantamento da bibliografia relacionada com o objeto de estudo do presente trabalho em livros, artigos científicos e legislação correlata com o intuito de esclarecer os pontos elencados no projeto.

Nesse sentido, a pesquisa será exploratória baseada no que já existe sobre assunto, aprofundando em seus pontos e com o objetivo de se tentar chegar a um denominador comum, com um possível direito prevalecendo sobre o outro. Assim, como citado anteriormente, será realizada uma pesquisa documental de caráter qualitativo, baseada em normas jurídicas, artigos científicos, livros e jurisprudência dos tribunais.

O tema será analisado pela perspectiva dos direitos humanos e fundamentais com considerações gerais e específicas sobre inseminação artificial heteróloga e sua importância para o direito civil, principalmente o direito de família. Assim será elencado os pontos de convergência e divergência desses os direitos discutidos, visões doutrinárias, legislação, jurisprudência a fim de que se encontre, se possível, um direito que prevaleça no caso concreto e se há uma necessidade de uma regulamentação legislativa.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

### 2.1 Direitos fundamentais

A Constituição Federal Brasileira de 1988 celebra os direitos fundamentais em seu texto elencando um rol extenso de direitos do art. 5º ao 17º. Acontece que os direitos fundamentais não se restringem apenas a esses dispositivos, havendo artigos, princípios ao longo do texto que também versam sobre direitos fundamentais. É importante destacar que a CF/88 coloca como fundamento do Estado Democrático de Direito em seu art. 1º, III a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o conceito de direitos fundamentais é mais preciso e restrito do que o conceito de direitos humanos, visto que constituem os direitos e garantias reconhecidos por um determinado Estado, sendo delimitados nesse sentido e essenciais na sustentação de um Estado democrático de direito (LUNÕ *apud* SARLET, 2022).

Historicamente, os direitos fundamentais podem ser explicados por gerações, classificado majoritariamente como dimensões, na qual existe uma evolução de dimensões, sem que haja uma perda do que foi adquirido anteriormente.

Sobre essa perspectiva, a Revolução Francesa foi um dos principais marcos para o início das gerações dos direitos fundamentais, passando de um Estado absolutista para um Estado liberal. Assim, a primeira geração foi influenciada pelos lemas da revolução francesa como: liberdade, igualdade e fraternidade e dava um destaque às liberdades individuais, direitos civis e políticos.

Já a segunda geração, teve como marco histórico a revolução industrial e as péssimas situações e condições de trabalho e assim, trouxe lutas por direitos sociais culturais e econômicos. A terceira dimensão, teve seu marco a partir do desenvolvimento tecnológico e a sociedade de massa, momento em que surgiram preocupações relacionadas ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao humanismo e à universalidade.

Por sua vez, a quarta dimensão passou por uma institucionalização dos direitos fundamentais e o fortalecimento dos conceitos de democracia e pluralismo. Ademais, também são pautas dessa dimensão direito à informação, acesso a internet, direito à saúde sexual e reprodutiva, entre outros. Por fim, a quinta dimensão teria a paz como ponto central e o estabelecimento da democracia participativa, da ordem e da humanidade. Essas duas últimas dimensões são conceituadas por autores como Paulo Bonavides e Karel Vasak (LENZA, 2018).

Além disso, é importante fazer a distinção de direitos fundamentais e garantias fundamentais. O primeiro tem natureza material e se relaciona com os bens jurídicos protegidos e o segundo tem natureza processual e serve de instrumento para a efetivação de direitos (LENZA, 2018).

Nesse sentido, a Constituição Brasileira foi clara ao afirmar que os direitos fundamentais presentes no seu texto não compõem um rol taxativo de direitos, podendo ser reconhecido em outras leis e instrumentos que versam sobre o assunto, conforme o art. 5º, § 2.

Na doutrina de direito constitucional é muito discutido sobre a eficácia dos direitos fundamentais no estabelecimento de relações privadas e públicas. Nas relações públicas, entre Estado e particular, os direitos fundamentais protegem o indivíduo dos arbítrios do Estado. Já nas relações privadas, os direitos fundamentais criam limites para que outros indivíduos não ultrapassem e atinjam os direitos de outrem, entretanto pode haver choque de direitos fundamentais e assim, é necessário se discutir qual prevalece no caso concreto.

Diante da historicidade e evolução dos direitos fundamentais, construiu-se um princípio que não vem de maneira explícita na carta magna, mas por construção doutrinária e jurisprudencial que é o Princípio da vedação do retrocesso. Assim, o Estado após ter reconhecido um direito fundamental, não pode retroagir para status quo removendo ou limitando esses direitos, sem a criação de medidas compensatórias para a sua modulação.

## 2.2 Direitos Fundamentais x Direitos Humanos

Os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e protegidos pelo Estado que possuem um *status* de “relevância” e aparecem geralmente na Carta Magna. Não são sinônimos literalmente dos direitos humanos, mas em geral possuem estreita relação na proteção dos mesmos bens jurídicos.

Os direitos humanos tem uma relação com normas de direito internacional. Essas normas, têm como marco importante o pós segunda guerra mundial e as violações de direitos humanos acontecidos naquela época. Nesse sentido, Thomas Buergenthal *apud* Flávia Piovesan (2018, p. 60) disserta sobre:

O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de

que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Assim, os direitos humanos tem um marco importante que é a criação da ONU no pós segunda guerra mundial e a elaboração da declaração universal dos direitos humanos, da qual o Brasil é signatário. Atualmente, a DUDH tem aplicação jurídica *Jus Cogens* (para todos) e torna-se obrigatória até mesmo para países que não são signatários. Nesse sentido, os direitos humanos possuem documentos históricos para a sua formalização e continua sendo ressaltado em tratados e convenções internacionais.

Existem duas correntes jurídicas principais adotadas por doutrinadores para explicar a natureza jurídica dos direitos humanos. A primeira delas, a corrente jusnaturalista que defende a existência de um direito natural, sem necessariamente condicionado à criação de uma norma, sendo antecedente a sua existência. Caso surja a norma, ela apenas faz o reconhecimento da sua existência.

A existência do direito natural pode ser visualizada pela vivência de um ordenamento que tem como base a dignidade da pessoa humana, mesmo em situações em que não haja uma lei específica. Mesmo assim, pode haver um reconhecimento expresso do direito natural por parte do Estado em várias legislações, consagrações pelas declarações de direito, garantias constitucionais, entre outros. Ademais, o direito positivo trata-se de normas estatais que estão vigentes em um determinado país e em uma determinada época, conforme afirma Silvio de Sávio Venosa (2019).

Assim, pontua-se as duas correntes principais que explicam o surgimento dos direitos humanos no mundo jurídico, na qual não há uma corrente mais correta que a outra, apenas visões distintas sobre o mesmo tema, que inclusive é muito pertinente para elencar a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Ademais, segundo a UNICEF (2015), órgão permanente do Sistema das Nações Unidas responsável por criar o fundo internacional de emergência para a infância, os direitos humanos possuem as seguintes características: Universalidade e Inalienabilidade, sendo de todos os seres humanos, não podendo renunciá-los ou delegá-los a outrem; indivisibilidade, não podendo ser mitigados ou reduzidos, pois são inerentes a dignidade da pessoa humana, não havendo hierarquia entre eles; interdependência e inter relação, os direitos humanos se comunicam entre si; entre outros.

Assim, fica pontuado um pouco sobre direitos humanos e as características que os diferenciam dos direitos fundamentais. Nesse sentido, trata-se de proteção de bens jurídicos

similares, entretanto os direitos humanos são referenciados em documentos de direito internacional, enquanto os direitos fundamentais ficam a critério dos Estados em seus ordenamentos jurídicos elencar os direitos que merecem esse dimensionamento.

Ademais, em seu art. 5º, §§ 2º e 3º demonstra a importância de tratados de direito internacional que versam sobre direitos humanos. Assim, reconhece simultaneamente os direitos fundamentais dos art. 5º ao 17º, como também absorve instrumentos internacionais que versam sobre direitos humanos.

Portanto, os direitos humanos também são celebrados com relevância e protagonismo a partir de seus tratados e convenções de ordem internacional com *status* supralegal ou em casos de aprovação no mesmo rito das emendas constitucionais, *status* constitucional.

As reivindicações femininas por direitos reprodutivos no século XX propiciaram mudanças culturais e estruturais na época, inclusive no plano do direito internacional. Sendo assim, em 1994, aconteceu a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento, na qual diversos Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos.

Nesse sentido, a conferência estabeleceu princípios de equidade e igualdade entre sexos e firmou compromisso no combate as discriminações por razão de sexo, colocou como prioridade o acesso a informação e acesso aos serviços para exercer os direitos reprodutivos, entre outros. Assim, a Conferência se tornou um marco, pois firmou um novo paradigma em relação aos direitos reprodutivos e ao desenvolvimento.

Outro momento importante no século XX foi a declaração de Beijing, 1995, que firmou o compromisso de promover e garantir a observância dos direitos humanos das mulheres e meninas, garantindo o acesso igualitário na educação e atenção à saúde, promovendo a saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Ademais, reconheceu que a sexualidade é uma base fundamental para o gozo e exercício de outros direitos humanos e a falta de educação reprodutiva da mulher é um entrave para o exercício de outros direitos políticos e econômicos (PIOVESAN, 2018).

### 2.3 Direitos fundamentais na seara do Direito Civil

Alguns direitos fundamentais são traduzidos na área do direito civil como direitos da personalidade e são tipificados no Código civil do art. 11º ao 21º. Assim, o código civil marca o início da personalidade jurídica a partir do nascimento com vida do indivíduo, na qual os direitos da personalidade se referem a direitos subjetivos inerentes ao ser humano também possuindo um recorte constitucional a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, afirma Paulo Lôbo (2022, p. 137):

A constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para se alcançar essa relevância jurídica, pois os direitos da personalidade, ambientados nas relações privadas, são espécies do gênero direitos fundamentais. Contudo, nem todos os direitos fundamentais, corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade, porque aqueles vão mais longe que estes, na medida em que atribuem direitos a organizações que não são pessoas e envolvem direitos sociais, econômicos e culturais, que não são direitos da personalidade. Os direitos da personalidade fizeram percurso oposto ao dos demais institutos jurídicos fundamentais: em vez de migrarem do direito civil para a Constituição, vieram desta para o direito civil infraconstitucional.

Historicamente, apesar de ter os mesmos marcos dos direitos fundamentais, já era possível observar a sua presença na Antiguidade Clássica. Apesar da evolução do direito privado ao longo da história, até o século XX o mesmo era carregado de um intenso moralismo e uma excessiva importância ao patrimônio e pouco ao ser humano.

Assim, com a constitucionalização do direito civil a partir da CF/88 e uma visão mais ampla sobre direitos fundamentais, os direitos de esfera extrapatrimonial começaram a ter destaque. O princípio da dignidade da pessoa humana se tornou um pilar do Estado Democrático de direito e como base da pirâmide normativa, adequou as demais leis ao seu sentido.

Os direitos da personalidade conforme Paulo Nader (2018) decorrem do nascimento e constituem os direitos subjetivos. Nessa relação jurídica, a pessoa portadora desse direito subjetivo está no polo ativo e a sociedade está polo passivo. Assim, essa última é portadora do dever jurídico omissivo e deve respeitar os direitos subjetivos do indivíduo.

Ademais, são características dos direitos da personalidade: a sua oponibilidade erga omnes, impondo à sociedade o dever de respeitá-los; a extrapatrimonialidade, diante do seu caráter não patrimonial, inalienabilidade, não podendo delegar direitos a outrem; irrenunciabilidade, não se pode renunciar do direito, imprescritibilidade, não havendo um prazo

para o seu exercício, diferenciando-se da pretensão que é sujeita a prescrição, vitaliciedade, existindo até quando houver personalidade jurídica, entre outros.

A proteção dos direitos da personalidade pode ser feita de duas formas, primeiramente, preventiva, na qual deve-se evitar a concretização do dano ou repressiva, quando houver a lesão e a partir disso, haverá imposição de sanção civil ou penal (STOLZE e PAMPLONA, 2017).

O código civil oferece proteção aos direitos de personalidade, garantindo assim a reparação necessária à pessoa que teve seu direito lesado conforme os arts. 12º e 927º do CC/2002. Como são direitos de caráter extrapatrimonial, a indenização se faz necessária não apenas para retomar o *status quo ante*, já que não é possível em muitos dos casos, mas sim a título de danos morais com caráter compensatório e punitivo.

Assim, os direitos da personalidade possuem uma perspectiva civil-constitucional, sendo um recorte dos direitos fundamentais com suas raízes e características históricas, trazendo a importância da sua tutela em todas as áreas do direito.

## **2.4 Considerações sobre inseminação artificial**

Reprodução assistida é um conjunto de técnicas médicas que possibilitam a reprodução humana de maneira assistida. Existem várias modalidades e as mais conhecidas são a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.

A fertilização *in vitro* é um método que recolhe o óvulo e o espermatozoide fora do corpo humano em um tubo de ensaio ou mídia cultivado. Assim é uma técnica extracorpórea. Já a inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida na qual o sêmen é coletado e introduzido na região genital feminina, sem a necessidade de retirada dos óvulos do corpo para que haja a fecundação. Sendo assim, considerada uma técnica intracorpórea, conforme explica Maria Helena Diniz (2017) em seu livro estado atual do biodireito.

A inseminação artificial pode ser feita de maneira homóloga na qual tanto o óvulo e sêmen são do casal, como a heteróloga quando o material fertilizante é de terceiro. Além disso, os procedimentos podem ser intercervicais, na qual o material fertilizante é colocado no cérvix da mulher e intra uterina, na qual os espermatozoides são depositados diretamente no útero. A taxa de sucesso do primeiro fica em torno de 10% a 15% e da última de 15% a 20%, conforme reportagem da BBC News Brasil (2022).

Conforme resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022 ficou proibida a fecundação do ovócito humano que tenha outra finalidade que não seja a procriação humana. Ademais, conforme essa resolução tal técnicas são indicadas para auxiliar em questões de infertilidade, quando outras alternativas foram ineficazes na solução do problema.

Ademais, algumas regras também são necessárias para a realização da doação de sêmen: idade máxima dos doadores é 37 anos para a mulher e 45 anos para o homem, idade máxima para quem vai realizar o procedimento de 50 anos, proibição de doação com caráter lucrativo e comercial, identidade dos doadores como dos receptores deve ser mantida em sigilo total, etc. Além disso, devem ser feitos exames como espermograma que analisa a qualidade do sêmen e dos espermatozoides, além de exame de sangue para identificar ISTs, entre outras doenças.

Segundo a RDC nº 771/2022 da Anvisa, para ser doador de sêmen, o candidato deve ser submetido a uma triagem laboratorial, na qual serão feitos exames de checagem de saúde e possível presença de doenças, para então ser considerado apto.

As mudanças sociais e o progresso na ciência propiciaram o crescimento na procura das técnicas de reprodução assistida. Nessas mudanças sociais podemos destacar a introdução das mulheres no mercado de trabalho, o surgimento de contraceptivos, temas como planejamento familiar que influenciaram nos moldes da família contemporânea.

Assim, as técnicas de reprodução assistida são um avanço da ciência que é um instrumento que contribui para formação de núcleos familiares. Segundo reportagem do site CNN Brasil (2022), a fertilização *in vitro* cresceu 32,7% em 2021 em relação ao ano anterior, mostrando que cada vez mais tais técnicas estão sendo procuradas.

Nesse sentido, o perfil de pessoas que procuram técnicas de reprodução assistida são os mais diversos, que vão desde casais heterossexuais com problemas de infertilidade, casais homossexuais, pessoas solteiras, entre outros.

Vale ressaltar que o reconhecimento dos casais homossexuais como entidade familiar foi a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 4.277/2011. Ademais, as famílias monoparentais também passam por um reconhecimento como entidade familiar através do Estatuto da Criança e do Adolescente e da CF/88.

Em relação a parte histórica, a fertilidade desde os primórdios sempre foi tema para criação de mitos, contos e explicações religiosas, pois gera curiosidade e motiva a explicação

humana sobre a origem da vida. Na antiguidade clássica, por exemplo, mitos e histórias exploravam a fertilidade feminina com narrativas que envolvia deuses e mitologia grega.

A bíblia também traz passagens relacionadas à fertilidade, a exemplo a história Zacarias e Isabel, um casal estéril e idoso, mas ao fazer uma oração à Deus, receberam a bênção de um filho conforme é citado no capítulo de Lucas. 1:13. No período da renascença por volta do século XIV a XVII também resgatou o tema da fertilidade e foi retratada em uma das obras mais famosas do mundo, que é o nascimento da vênus de Sandro Botticelli.

O avanço da ciência e pesquisa científica para solucionar as mais diversas questões, proporcionou o surgimento das técnicas de reprodução assistida. Assim, a primeira vez da utilização de inseminação artificial, apesar de controvérsias, remete o seu acontecimento na Arábia medieval do século XIV relacionado com a reprodução de equinos. De maneira científica, a primeira realização se deu em cachorros e foi feita pelo cientista italiano Lazzaro Spallanzani em 1779.

Por sua vez, em seres humanos, a primeira tentativa foi realizada pelo escocês John Hunter no século XVIII, entretanto a sua prática só veio ser mais utilizada no século XX. Com os avanços da fertilização *in vitro*, tornou-se uma prática alternativa de reprodução assistida conforme pontua Marisa Decat de Moura, Maria do Carmo Borges de Souza, Bruno Brum Scheffer (2009) em seu artigo reprodução humana assistida: um pouco de história.

Em relação a fertilização *in vitro*, o primeiro bebê de proveta do mundo nasceu na Inglaterra em 1978 com o nome de Louise Brown. No Brasil, o primeiro bebê nascido utilizando essa técnica ocorreu em 1984 e se chamava Ana Paula Caldeira. Assim, a fertilização *in vitro* marcou uma nova era de reprodução do mundo. Segundo dados divulgados no 34º Congresso da Sociedade Europeia de Reprodução Humana (SERH) até 2018, estima-se que 8 milhões de bebês nasceram no mundo com ajuda técnica até o ano de 2018, conforme reportagem do G1 (2018).

Nesse sentido, pode-se concluir que a busca para ter um filho é visualizada ao longo de toda a história e é impulsionada por vários fatores desde de reprodução, instinto de sobrevivência, fatores religiosos ou culturais. Assim, a família se tornou um instituto reconhecido constitucionalmente diante de sua função social e papel importante na construção dos indivíduos. Nesse sentido preceitua Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2022, p. 25):

Hoje, no momento que se reconhece à família, em nível constitucional, a função social da realização existencial do indivíduo, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base da sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir

um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a própria Constituição de 88 tem um capítulo dedicado à família e atribui ao Estado o dever de protegê-la, como se observa no art. 226, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Assim, o próprio art. 226 da CF/88 no parágrafo 7º atribui ao Estado a responsabilidade de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito de família, em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e planejamento familiar.

Mesmo sendo responsabilidade do Estado esse custeio e investimento, a sua atuação ainda deixa muito a desejar, pois além dos cortes de gastos relacionados ao incentivo de pesquisa científica no país, há uma omissão legislativa a respeito do assunto. Existem vários projetos que tentam regular o assunto, mas até hoje não tiveram aprovação no Congresso Nacional.

Assim, diante de uma omissão legislativa, atualmente o tema é regulado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que são normas destinadas à classe médica e não à população em geral. Assim, Bruno Torquato e Maria de Fátima (2015) em seu artigo “Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil” dissertam:

Contudo, uma resolução não pode inovar originariamente a ordem jurídica. As resoluções do CFM não criam o Direito, mas regulam o exercício da profissão médica. Inobstante isso, as resoluções do Conselho Federal de Medicina servem como parâmetro interpretativo para o Direito. Até porque as técnicas são uma realidade e a evolução da Medicina vem impactando o Direito, obrigando-o a pensar acerca da abrangência e dos limites das novas situações familiares.

As resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina são atos administrativos normativos que partem de autoridades superiores e disciplinam matéria de sua competência específica, assim trazendo parâmetros para a atuação dos profissionais da saúde. Nesse sentido, não possuem força de lei e nem vinculação *erga omnes*.

A resolução serve de orientação para os profissionais que atuam na área médica e conciliam as técnicas utilizadas com a ética médica. Não tem força normativa geral e abstrata, mas serve como parâmetro ético biológico para a utilização das técnicas de reprodução assistida, conforme lembra Júlia Picinato Medeiros de Araújo e Carlos Henrique Medeiros de Araújo (2018).

## 2.5 Inseminação artificial e os direitos fundamentais

Quando o tema é inseminação artificial, fala-se também sobre direitos fundamentais. Nesse sentido, quando não regulamentado irá acarretar em imbrólios jurídicos com efeitos na área de direito da família, contratos, responsabilidade civil, sucessórios, entre outros.

Assim, um possível imbrólio seria a questão da exigência do anonimato do doador pela norma do CFM. Assim, o direito ao anonimato do doador é um direito fundamental relacionado à privacidade de informações. Esse direito pode se chocar com o direito do indivíduo de conhecer a sua própria filiação. Ambos são direitos fundamentais que quando colidem faz-se necessário pontuar a importância de cada um e qual prevalece em um possível caso concreto.

Além disso, a preservação do anonimato do doador por parte dos laboratórios que realizam esse procedimento é uma diretriz a ser seguida diante da norma do CFM e o não respeito a essa estipulação, pode acarretar punições aos laboratórios no quesito de contratos e responsabilidade civil.

Na área de direito das sucessões, a inseminação artificial post mortem é um tema que vem sendo bastante discutido sobre a sua possibilidade. A resolução mais recente do CFM nº 2.320/2022 permite a realização da inseminação artificial homóloga post mortem. Nesse sentido, caso o doador falecesse, mas tivesse gametas congelados e autorizasse antes do falecimento a sua utilização, após a sua morte esse material poderia ser utilizado por seu parceiro (a). A resolução do CFM informa que o procedimento será tratado na legislação vigente.

Acontece que atualmente o Código Civil aborda unicamente a questão da presunção da paternidade do marido falecido em relação a criança concebida posteriormente ao seu falecimento, desde que a modalidade da inseminação artificial seja homóloga. Assim, por não ter uma lei específica que regulamente o procedimento, muitas questões ficam em aberto.

Ademais, em relação a casais que não tem como dispor de um útero para a reprodução, uma alternativa seria acionar uma terceira pessoa para dispor do seu útero e gestar esse feto, o que popularmente é conhecido como barriga de aluguel.

Apesar de muito conhecido no mundo todo, esse método com terceira pessoa não conhecida do casal é vedado no Brasil devido a lei de transplantes e de biossegurança.

Entretanto, o CFM autoriza a realização da barriga solidária conforme resolução nº 2.320/2022 que permite que a terceira pessoa com até 4º grau de parentesco com o casal pode dispor do seu útero para gestação desde que não seja remunerado, a pessoa tenha menos de 50 anos e esteja com os exames relacionados a saúde em dia, sendo os demais casos sujeitos a análise do Conselho Regional de Medicina.

Assim, diante do exposto, com a contemporaneidade e seus avanços, o modelo de família foi ressignificado e perdeu o significado estritamente heteronormativo. Novos núcleos familiares se formaram e podem compor casais homoafetivos, famílias monoparentais, entre outros.

Assim, diante do avanço e da ciência foi possível estudar maneiras de reproduzir tanto animais como seres humanos sem ser por vias naturais, o que de certa maneira solucionaria diferentes tipos de situações que precisam desse auxílio da ciência.

Assim, a inseminação artificial representa o avanço tecnológico e a modernidade, auxiliando casais e pessoas solteiras a realizarem o seu sonho de compor uma família, entretanto é um tema controverso e apresenta lacunas diante da omissão legislativa para regular o assunto.

Diante dessas mudanças e uma maior necessidade da interdisciplinaridade entre as ciências, surgiu o ramo do direito que se chama biodireito, que traz a normatização das condutas que envolvem biologia e ética. Assim, esse ramo do direito garante que esses temas sejam normatizados e compatíveis com a CF/88. Como citado anteriormente, esses direitos que envolvem biodireito fazem parte dos direitos fundamentais de 4º geração.

Maria Helena Diniz (2017) aborda que a bioética e o biodireito deverão contribuir com o desenvolvimento das ciências em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana para a formação ética e cultura das ciências no século XXI. Assim, é possível que os novos cientistas encontrem a equação do progresso com os limites éticos jurídicos.

Os direitos personalíssimos são um recorte dos direitos fundamentais na seara do direito civil. Quando se fala de inseminação artificial, vários direitos fundamentais podem ser discutidos, como também várias outras ciências precisam fazer esse recorte

O tema inseminação artificial diante de sua complexidade e ramificações é um tema que precisa de regulamentação jurídica, sendo necessário regulamentar para que haja mais segurança jurídica em temas como anonimato doador, inseminação artificial post mortem, barriga de aluguel, entre outros.

Há ainda a possibilidade de temas relacionados à inseminação artificial colidirem com outros temas a exemplo da obrigatoriedade do doador versus o direito reconhecido pela ECA da criança e adolescente descobrirem as suas origens genéticas. Nesse sentido, quando há choque de direitos fundamentais é necessário pontuar a importância dos dois direitos e qual prevalece em um possível caso concreto e assim, prevalece um deles a partir de técnicas de interpretação e utilização de princípios.

### **3. DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR X DIREITO DA CRIANÇA DE CONHECER A PRÓPRIA FILIAÇÃO**

#### **3.1 Família ao longo da história e sua evolução legislativa**

O conhecimento sobre história amplia a visão da sociedade e possibilita um crescimento no entendimento dos avanços e equívocos cometidos ao longo do tempo. Sua relevância amplia o repertório dos indivíduos e possibilita a interdisciplinaridade de matérias.

É importante destacar que no Direito, existem técnicas para interpretação de normas, na qual uma delas é a interpretação histórica que reforça a importância desse recorte para um entendimento maior do direito. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2019) disserta que a busca no sentido lógico deve valer-se de outros elementos como o histórico, sistemático e teleológico, entre outros. Todos esses procedimentos, em maior ou menor grau, integram-se no raciocínio do intérprete e não devem atuar de maneira isolada.

Diante dos múltiplos significados, o jurista Caio Mário da Silva Pereira (2001) simplifica no sentido de em uma definição sociológica pode-se dizer que a família compreende uma determinada categoria de interações sociais reconhecidas e assim, institucionais. Nesse sentido, a família não deve necessariamente coincidir com uma definição apenas jurídica.

Assim, como bem apresentado a família é núcleo das relações sociais, sendo protegida constitucionalmente, sendo a definição estritamente jurídica insatisfatória. Diante disso, recorrendo-se a história, mais precisamente na antiguidade clássica, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019, p.58) explicam que “em Roma, a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa que era comandada sempre como uma figura do sexo masculino, o pater famílias”. Esse patriarca detinha o poder sobre sua esposa, filhos e servos e as relações tinham um caráter estritamente patrimonial. Surgiu nessa época, as primeiras cerimônias religiosas que se assemelham aos casamentos atuais.

Já na idade média, principalmente influenciada pela religião, o casamento era sagrado e indissolúvel. Havia uma mistura entre Estado e igreja e não se admitia outras formas de família que não fosse a heteronormativa e com filhos. A partir da Revolução Francesa, marco de grandes mudanças culturais, trouxe liberdades na seara dos direitos individuais e assim, as relações pessoais passaram a ter mais afetividade. Assim, com a laicização do Estado, surgiu o casamento estritamente civil, independente de credo.

Nesse sentido, o casamento é resultado de uma tradição histórica e sua natureza jurídica é de contrato especial de direito de família (STOLZE e PAMPLONA, 2019). Antes da revolução francesa, o enfoque do casamento era estritamente patrimonial.

Como grande enfoque do casamento era o patrimônio, o papel do pai era reduzido à figura do provedor, mas tal significado estrito perde força com as transformações sociais e abre espaço para um significado mais afetivo e participativo na criação e formação dos filhos. Nesse sentido, também disserta, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (2019, p. 61):

A simples observação da realidade que nos cerca permite ver, que, neste momento, reconhecido como de “pós - modernidade”, há uma variada gama de arranjos familiares que se enquadram na tutela jurídica constitucionalizada da família, com os olhos voltados para um evidente e contínuo processo de dessacralização e despatrimonialização do Direito de Família.

Assim, a família contemporânea possui mais diversidade e tem como bases de sustentação o afeto e a felicidade, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a legislação brasileira passou por profundas mudanças do século XX para o século XXI. O código civil de 1916, que é anterior ao atual, reproduzia uma série de limitações e regras típicos da época que diferenciavam as pessoas e impunha a lógica patriarcal nas relações. Assim, filhos adotivos não tinham os mesmos direitos dos filhos biológicos, esse tratamento também era dado aos também filhos ilegítimos, a mulher precisava da autorização do marido para trabalhar, o código possuía um caráter estritamente patrimonial, entre outras questões.

Assim, a constituição de 88 e o Código Civil de 2002 foram elaborados no final do século XX e foram impactados por diversas transformações sociais que aconteceram nesse período, incluindo o reconhecimento dos direitos humanos no plano do direito internacional.

Nesse sentido, a Constituição de 88, constituição essa que é um marco jurídico na redemocratização, foi elaborada após os tempos autoritários da ditadura militar na qual direitos humanos e fundamentais foram violados. Assim, o constituinte de 88, após esse período de barbaridades, teve uma preocupação em elaborar uma carta magna compatível com os documentos de direito internacional que versam sobre direitos humanos, como também o fortalecimento de direitos e garantias fundamentais como pilares do Estado Democrático de Direito.

Assim, a Constituição de 88 marcou uma nova era voltada para as perspectivas dos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, diante da

pirâmide normativa e a hierarquia entre normas elaborada pelo jurista Hans Kelsen, a Constituição Federal como topo da pirâmide normativa sujeita às demais leis a uma adequação ao seu conteúdo e formalidade.

Assim, o Código Civil sofreu transformações com a nova Constituição de 88 e precisou adequar-se. Nesse sentido, o código civil passou por um processo de constitucionalização, onde transformou o seu texto com os valores mais adequados à redemocratização e valorização dos direitos humanos.

A família, instituição protegida tanto pelo Código Civil como na Constituição Federal passou por mudanças históricas e incorporou novos significados e modelos, assim sendo o direito a ter uma família e planejamento familiar considerado um direito fundamental.

Diante disso, o mundo contemporâneo ressignificou o conceito de família e a própria constituição ao dispor no art. 226, §3º que a família é entidade familiar entre homem e mulher, limitou-se no próprio texto, pois o mesmo garante o princípio da isonomia e tratamento igualitário a todos, independente de sexo, cor, raça e orientação sexual. Assim, foi reconhecida a união homoafetiva como casamento pelo STF, não permissão de diferenciação entre filhos adotivos e biológicos, reconhecimento de família monoparentais, entre outras.

Assim, o modelo de família atual foi readaptado principalmente com os avanços da Constituição de 1988 dando espaço a um conceito de família, mais amplo, plural e sem discriminação compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.2 Filiação no ordenamento jurídico**

A filiação pode ser caracterizada como o elo jurídico que une os pais aos filhos e propicia a relação de parentesco segundo Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 317). Para Flávio Tartuce (2023 p. 432) a filiação é, “[...] a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e os descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos”.

Para Paulo Lôbo (2004), o estado de filiação constitui-se em razão da convivência familiar, consolidada na afetividade. Assim, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou socioafetiva.

Estabelecer a filiação é muito importante diante da identificação da paternidade e maternidade e impacta no exercício de vários outros direitos decorrente do parentesco como alimentos, sucessões, responsabilidade objetiva pelos filhos, poder familiar, entre outros.

Existem vários tipos de filiação, como bem lembra Eliane Barros de Oliveira (2010 p. 31) em seu livro aspectos jurídicos da inseminação artificial, elencando da seguinte maneira:

Temos, portanto, três espécies de filiação. A filiação natural, isto é, a fundada em vínculos biológicos, isto é, os pais contribuíram com o material genético para a concepção do filho. A filiação civil que decorre do instituto da adoção e a filiação artificial que decorre da reprodução artificial. A filiação civil e a afiliação artificial são modalidades de filiação socioafetiva, isto é, a que compreende a relação de afeto.

Na tradição do direito de família brasileiro havia um conflito entre filiação biológica e socioafetiva, onde havia uma preferência pela primeira. Com o passar das décadas, a segunda começou a ser cogitada como categoria própria e ter o reconhecimento adequado. A relação entre pais e filhos nas outras ciências tinha o reconhecimento da socioafetividade como basilar na identificação (LÔBO, 2004).

Assim, o código civil atual, rompeu com o antigo no quesito de filiação e veda qualquer discriminação feita a filhos biológicos ou socioafetivos, observa-se:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, não existe mais a diferenciação entre família legítima e ilegítima, independentemente da formação da família, não se pode discriminar os filhos. Assim, não apenas vínculo biológico é tratado como filiação, como o vínculo socioafetivo.

Nesse sentido, disserta Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019) que o que vivenciamos hoje no direito civil é o reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica, mas sem fazer prevalecer a questão genética sobre a afetiva. Nesse sentido, haverá situações em que a filiação é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente do vínculo genético, prevalecendo em face do próprio vínculo biológico.

Ademais, no código passado não havia menção a técnicas de reprodução assistida, entretanto no atual já houve menção em relação a inseminação artificial homóloga e heteróloga, como se observa:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Observa-se que o inciso V que quando se tratar de inseminação artificial heteróloga, para que haja a presunção da paternidade, antes do procedimento deve haver prévia autorização do marido.

No Código Civil de 1916, havia prazo para a contestação da filiação que era de dois meses a partir do parto, se estivesse presente e de três meses se tivesse ausente. O atual Código optou pela imprescritibilidade, com base na regra geral dos direitos da personalidade, sendo assim, a maternidade ou paternidade pode ser contestada a qualquer tempo.

Assim, com o reconhecimento do código civil de filiação decorrente de inseminação artificial, a incompatibilidade biológica diante do doador ser terceira pessoa é colocada de lado e abre espaço para a paternidade socioafetiva. Essa, consiste em um laço afetivo e jurídico de paternidade.

A socioafetividade pode ser verificada através da convivência entre pais e filhos. No caso da inseminação artificial, o filho faz parte de um projeto de filiação que começa antes da fecundação e que se fortalece e concretiza com o nascimento dessa criança (LIRA, 2019).

Nesse sentido, caso um casal hétero recorra a inseminação artificial heteróloga, na qual o sêmen é doado por uma terceira pessoa, a maternidade resultaria de uma filiação biológico e a paternidade de uma filiação civil. Assim, é importante fazer a diferenciação entre pai e genitor, pois diante da valorização da paternidade socioafetiva a partir da desbiologização da paternidade, ser pai adquiriu um comportamento sociocultural e não apenas um laço biológico como lembra Paulo Nader (2016).

Assim, a manifestação da vontade do marido gera vínculo parental e reforça o entendimento jurídico de reconhecimento da paternidade pela socioafetividade. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2007) afirma que a paternidade não necessariamente passa pelo componente genético, mas privilegia a relação socioafetiva. Nesse mesmo sentido, em consonância com essa colocação, observa-se a disposição que a “I” Jornada de Direito Civil traz o Enunciado 104:

Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

O Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) também reconhece a filiação como direito, pontuando-o como direito personalíssimo, não estabelecendo restrição para que crianças e adolescentes exercitem esse direito contra pais e herdeiros.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Diante do não estabelecimento de restrição a respeito da investigação e reconhecendo que a filiação biológica é um tipo de filiação, a lei não fala no caso de pessoas frutos de inseminação heteróloga, cujo filiação biológica por parte do pai desconhece. O princípio da isonomia mais uma vez deve se fazer presente, e assim, garantir que filhos de fruto de reprodução assistida possuam os mesmos direitos daqueles que foram gerados por vias naturais

Um dos problemas que se pode acarretar é com o choque direto a um dispositivo do ECA que prevê o conhecimento da filiação como direito personalíssimo. Tal dispositivo traz a importância de se conhecer a própria filiação que no ordenamento jurídico brasileiro não necessariamente é estabelecida pela consanguinidade. Esta situação abre discussão para o estabelecimento da diferença entre filiação e conhecimento da origem genética, que pode ser importante e necessário sobre diversos aspectos.

### **3.3 Diferença entre filiação e origem genética e a importância da última na construção da identidade**

O estado de filiação e o direito à origem genética não são a mesma coisa, sendo o primeiro um elo jurídico que une pais e filhos baseados na socioafetividade, enquanto o direito à origem genética é um direito da personalidade. O estado de filiação seria então o direito que o indivíduo tem de ter reconhecida a sua filiação e esse direito é considerado um direito da personalidade conforme o art. 27 do ECA.

A filiação socioafetiva possui protagonismo a partir do entendimento do atual Código Civil conjugado com a Constituição Federal de 88, mas não desvalida a filiação biológica que também tem sua importância. Conforme o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia, tantos filhos biológicos como filhos socioafetivos, possuem os mesmos direitos e com isso, não podem ser discriminados, conforme estipula o art. 227 §6 e outros dispositivos.

Assim, o estado de filiação desligou-se estritamente da origem biológica e assumiu uma dimensão mais ampla. O estado de filiação é gênero e tem como espécies a filiação biológica e a não biológica. Infelizmente, confunde-se muito com o estado de filiação com origem biológica em grande parte pelo fascínio dos estudos do DNA. Acontece que a nossa Constituição não estabelece hierarquia no tocante às espécies dos estados de filiações, sendo o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, embora derive biologicamente dos pais na maioria dos casos (LÔBO, 2004).

Quanto à descoberta da origem genética, há questões a serem pontuadas. Tratando-se de um casal hetero com filhos biológicos, estes usufruem do direito de conhecer a sua origem genética. Entretanto, quando se trata de filhos oriundos de inseminação artificial heteróloga, diante do princípio do anonimato estabelecido pela resolução do CFM, estes ficam impossibilitados de descobrirem qual a sua origem genética. Assim, no sentido da identidade genética, o ECA dispõe que:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

O ECA é um estatuto que tutela os direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil que por serem indivíduos mais vulneráveis merecem uma legislação própria. Nele prevalece o melhor interesse da criança, que como afirma Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 25) a própria Constituição no art. 227 ressalta a importância da proteção da criança e do adolescente, já que se enquadram em sujeitos de direito vulneráveis, pois estão em desenvolvimento.

Assim, percebe-se que o ECA ressalta a importância do conhecimento da origem biológica e concede esse direito a filhos que são adotados. Ora, os filhos que são adotados usufruem da filiação socioafetiva, assim como os filhos frutos da inseminação artificial heteróloga, não sendo justo assim, não estender esses direitos também a esse grupo como base nos princípios constitucionais da isonomia da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a utilização do termo adotado não pode se restringir apenas a essa categoria e não se estender aos filhos frutos de inseminação artificial heteróloga. Como bem lembra Sílvio de Salvo Venosa (2019, p. 202 - 203), a interpretação do direito não pode ser apenas literal, pode e deve ser também sistemática e extensiva, garantido coerência ao seu sentido.

Assim, conhecer a origem biológica deve ser um direito estendido a todos, não somente aos filhos biológicos ou adotados, pois conhecer tal elemento é importante no processo de construção de um indivíduo, seja por razões sociológicas, antropológicas, emocionais e psíquicas. Nesse sentido, lembra Bruno Torquato e Maria de Fátima (2015) em seu artigo “Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil”:

Enquanto não há aprovação de lei específica sobre reprodução humana assistida, não resta dúvida que o ECA pode reger a questão. Se o Direito reconhece que em dadas circunstâncias é relevante que o adotado conheça sua origem biológica para sua sadia constituição psíquica e emocional, no caso concreto, circunstâncias fáticas semelhantes podem surgir e assim autorizar a mesma investigação para o filho gerado por técnica heteróloga de reprodução humana assistida. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista a formação do menor, é justificativa bastante.

Assim, várias justificativas podem levar alguém a querer investigar a sua origem biológica e entender as suas raízes. Nesse sentido, disserta Moreira Filho (2015), que ao permitir que o filho usufrua o direito de conhecer a sua verdadeira identidade genética, estamos reconhecendo-lhe o exercício pleno de seu direito da personalidade e a possibilidade de buscar nos doadores de gametas as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, a exemplo, de suas características fenotípicas, índole, comportamento social, propensões ou resistência a certas doenças, entre outros.

Neste sentido, querer formar uma identidade biológica para compreender suas características fenotípicas, genéticas e até existenciais são justificativas plausíveis, pois faz parte da formação da identidade compreensão do indivíduo. Assim, a identidade genética diz respeito ao genoma humano e na Declaração Universal do Genoma Humano e dos direitos humanos, ele foi reconhecido como herança da humanidade.

Essa busca pela origem genética pode complementar a identidade pessoal. Negar esse direito pode roubar o direito de inúmeras crianças conhecerem a suas origens. O conhecimento de sua origem é importante para o complemento da personalidade e é mais que uma simples curiosidade (PERLINGIERI, 2002).

Também há um direito à identidade pessoal que abrange aparência física, voz, história pessoal, reputação, nome familiar, pseudônimo, identidade sexual, identidade genética, caligrafia, estado civil, entre outros. Assim, a identidade pessoal diz respeito à singularidade do indivíduo e engloba dentro dos seus pilares a identidade genética.

Nesse sentido, conhecer a bagagem genética e pessoal é essencial ao ser humano, pois possibilita a compreensão de seus traços socioculturais como aptidões, doenças, raças e etnias

que são questões essenciais ao ser humano na construção de sua personalidade afirma Maria de Fátima de Sá e Ana Carolina Teixeira.

Assim, aquele que é fruto de inseminação artificial heteróloga e que exerce o direito de saber a sua origem genética, usufrui do direito de conhecer a sua própria história, como bem pontua Carolina Lopes de Oliveira (2016) em seu artigo científico “ Saber ou não saber, eis a nova questão: O direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas”.

A busca pela origem genética é uma opção pessoal, como extensão da personalidade, e assim, conforme a sua classificação, é um direito indisponível e personalíssimo, podendo ser exercido e acompanhar o indivíduo por toda a vida, sendo irrenunciável. (AMARAL *apud* Wanderley e Cleide 2011). Nos dizeres de Leila Donizetti (DONIZETTI *apud* Wanderley e Cleide, 2011, p. 123):

A dignidade da criança, é lesionada quando lhe é retirado o direito de ter acesso às suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento, ela quase é transportada para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lha concedeu.

Um fato importante de ser destacado é que essa curiosidade para saber da própria existência influenciou a criação de um site chamado “*The Donor Sibling Registry* (DSR) criando por Wendy Cramer e o seu Filho Ryan no ano 200 e que possui a finalidade de conexão de filhos frutos de inseminação artificial heteróloga e que seja um espaço também para descobrir quem é o pai biológico. Esse site recebe a visita de mais de 12.00 pessoas por mês de diversos países (OLIVEIRA, 2016).

A questão relacionada à saúde é muito pertinente pois algumas doenças podem ser atreladas a genética e o seu mapeamento para combate e prevenção pode ser extremamente necessário. O doador do sêmen pode ter problemas genéticos e transmiti-los por meio genético aos indivíduos frutos da inseminação artificial heteróloga. Assim, seria interessante saber os detalhes do material genético para evitar problemas futuros ou curá-los de algum problema genético. Nesse sentido, observa o que Paulo Lôbo *apud* Cândido (2010, p. 223) a respeito do assunto:

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Outra questão em relação ao descobrimento origem genética é não possibilitar casos de impedimento patrimonial, pois caso um doador doe pra muitas pessoas, esses “irmãos”

biológicos podem se encontrar futuramente e sem saberem do seu vínculo biológico podem se relacionar, o que seria nocivo do ponto de vista genético, diante de uma maior probabilidade de doenças genéticas, além do ponto de vista psíquico e jurídico ao descobrirem tal acontecimento.

Em relação a esse ponto, a resolução do CFM estipula que sejam feitas duas inseminações artificiais por 1 milhão de habitantes para que a probabilidade deles se conhecerem seja muito baixa e assim, o procedimento ser realizado com segurança.

Como bem lembra José Roberto Moreira Filho ao reconhecermos o direito do filho fruto de inseminação artificial heteróloga investigar a sua identidade genética, estamos garantindo explicações sobre as dúvidas e questionamentos acerca das características fenotípicas do indivíduo, assim como propensões ou resistências a certas doenças. (MOREIRA FILHO *apud* WANDERLEY JÚNIOR e APARECIDA, 2011).

Portanto, o direito à identidade genética é extremamente importante na formação da identidade um de indivíduo, não se confundindo com o instituto da filiação, e o seu direito deve ser estendidos às outras formações familiares como os frutos da inseminação artificial heteróloga em respeito ao princípio da isonomia. o direito à identidade genética deve ser estendido às outras formas de filiação, em respeito ao princípio da isonomia.

### **3.4 A resolução do Conselho Federal de Medicina e a doação anônima de sêmen na inseminação artificial heteróloga**

Na inseminação artificial heteróloga, a doação se faz necessária para a realização do procedimento. Diante da omissão legislativa sobre o assunto, a inseminação artificial acabou sendo regulada pelas normas do Conselho Federal de Medicina, mais precisamente a resolução nº 2.320/2022.

A resolução estipula vários requisitos, como o caráter não lucrativo da doação, na qual a CF/88 também dispõe em seu art. 199 §4º sobre a vedação de comercialização de gametas humanos, a estipulação de idade de mulheres até 37 anos e homens até 45 anos na doação de gametas e o anonimato do doador, como observado os itens 1, 2 e 3 do capítulo IV da resolução.

Além disso, também consta na resolução a estipulação da doação de sêmen de um mesmo doador até 2 nascimentos de crianças de sexo diferente em uma área de 1 milhão de habitantes, com a exceção de ser a mesma família receptora escolher o mesmo doador, nesse

caso pode várias doações para essa mesma família. Tal medida restringindo a quantidade de doações pela mesma pessoa, evita uma superpopulação de um mesmo doador e assim, evita que caso de incestos no futuro não venham a acontecer, pois o incesto além de ser um impedimento matrimonial, também há evidências que demonstram que um filho fruto desse casal pode nascer com problemas genéticos.

Assim, o Conselho Federal de Medicina, que é quem emite as resoluções, é uma autarquia e como conceitua Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2019). As autarquias são entidades da administração Pública indireta, e assim, possuem personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e autonomia administrativa, nos limites da lei para o exercício de competências estatais determinadas.

Nesse sentido, a resolução do conselho federal de medicina é regulada por uma resolução administrativa criada para médicos, não sendo considerada norma legislativa, e assim, não se condiciona ao controle de constitucionalidade e não tem efeito para todos. Diante disso, muito se discute sobre a obrigatoriedade da resolução para todos os participantes da inseminação artificial e se ela condiciona os demais participantes da inseminação artificial.

Assim, o anonimato é um dos requisitos necessários para a realização da inseminação artificial e envolve uma série de motivações para a escolha de sua preservação. Nesse sentido, é importante salientar que o direito à identidade, à privacidade e à intimidade são direitos fundamentais, previsto no art. 5º, §10 da CF/88, passíveis a indenização por danos morais e materiais decorrentes de sua violação. Nesse sentido, disserta Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2017, p.233):

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos da sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só.

Tal indenização possui relação com a matéria de Responsabilidade civil que explica que todo ato que gere dano e possui nexo de causalidade, enseja em uma responsabilização civil conforme art. 927 do Código Civil. Assim, o próprio Conselho Federal de medicina em sua resolução, aborda a responsabilidade de médicos e dos laboratórios na manutenção do sigilo ao anonimato do doador, como também obrigando as clínicas a terem um registro de dados clínicos de caráter geral, como se observa os dispositivos:

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

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

A resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de medicina está em consonância com o art. 15, §3 do código de ética médica que veda ao médico descumprir a legislação específica no caso de fecundação artificial, como também o art. 7º e 9º da declaração do genoma humano e direitos humanos que falam da importância da confidencialidade de informações.

Além disso, a escolha pelo anonimato é defendida como ideal por diversos autores, pois no caso da inseminação artificial heteróloga a preservação do anonimato pode ser uma barreira para que não haja uma aproximação do doador com o filho gerado por inseminação artificial heteróloga, cortando assim qualquer vínculo emocional, o anonimato pode encorajar a doação, evita que o doador ou alguém envolvido com a inseminação artificial heteróloga pleiteie alguma demanda judicial relacionado a filiação, entre outros.

Assim, explica Eliane Oliveira Barros (2019, p. 69) em seu livro aspectos jurídicos sobre a inseminação artificial:

Os defensores do anonimato argumenta que ele garante a intimidade da vida privada; promove o eventual bem-estar da criança poupando-a de traumas que resultariam de descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação; encoraja a doação; representa um meio de não responsabilizar o doador anônimo pela paternidade; é uma garantia para os pais sociais da impossibilidade do doador anônimo reclamar direitos sobre o filho biológico; o conhecimento da idade do doador pode permitir o questionamento da atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada.

Portanto, o anonimato como direito fundamental e como regra estabelecida pela resolução do conselho federal de medicina nº 2.320/2022 e possui argumentos favoráveis para o seu respeito, entretanto, como exposto, qualquer direito fundamental não possui caráter absoluto.

Conforme explica Carolina Lopes de Oliveira (2016), é possível enquadrar o direito ao anonimato doador no direito à privacidade e assim, o doador tem o direito de definir quais os dados existenciais que saberá sobre si. Assim, o doador pode não querer ter a identidade revelada. Nesse sentido, o doador também tem o direito de não saber quem são os indivíduos que foram gerados a partir de suas doações, não sendo um interesse exclusivo dos pais socioafetivos e dos filhos frutos de inseminação artificial.

Nesse sentido, a autora aborda que o direito de não saber do doador seria o uso do seu poder negativo do direito à privacidade, no sentido que este estaria dispensando o conhecimento de informações sobre a existência de indivíduos na qual ele não deseja que façam parte da sua

vida privada, valendo-se da proteção de sua intimidade que é tutelada na CF/88. Assim, o doador escolhe a liberdade sem saber informações que possam alterar e afetar aspectos de sua vida íntima.

### **3.5 Responsabilidades das clínicas em relação ao anonimato**

É possível analisar do ponto de vista jurídico qual a relação do doador com a clínica especializada que se compromete em manter os seus dados sigilosos. Tal relação que é composta por duas declarações de vontade, doador e clínica, validade e eficácia pode ser definida como negócio jurídico. Nesse sentido, Carlos Alberto de Mota Pinto (2005) introduz que os negócios jurídicos são fatos voluntários, cujo núcleo essencial é formado por uma ou mais declarações de vontade na qual o ordenamento jurídico atribui efeitos jurídicos ao acordado pelas partes.

Diante do negócio jurídico estabelecido, é importante destacar que a formalização da declaração da vontade das partes com o preenchimento dos requisitos da existência, validade e eficácia origina uma espécie de negócio jurídico denominado contrato. Assim, na questão do doador anônimo e da clínica de reprodução assistida, fica estabelecido um contrato entre as partes que precisa ser cumprido.

Nesse sentido, Orlando Gomes (1993) aborda como contrato, “o negócio jurídico é a mencionada declaração de vontade dirigida a provocação de determinados efeitos jurídicos ou na definição do Código da Saxônia, a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”.

Em relação aos contratos existem várias modalidades, na qual a possivelmente a mais adequada, seria enquadrá-lo como contrato de doação. A resolução do CFM fala do consentimento das partes e sobretudo do caráter não lucrativo na doação de sêmen. Assim, sobre contrato de doação, disserta Flávio Tartuce (2022, p. 423):

A doação é um contrato que gera inúmeras consequências jurídicas, estando tipificado entre os arts. 538 a 564 do Código Civil. Por esse negócio jurídico, o doador transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, sem a presença de qualquer remuneração. Pelo que consta no art. 538 do CC, trata-se de ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral e gratuito. Sendo negócio jurídico benévolo ou benéfico, somente se admite a interpretação restritiva, nunca a interpretação declarativa ou extensiva (art. 114 do CC).

Nesse sentido, de modo geral, qualquer relação contratual gera direitos e obrigações para ambas as partes. A doação não possui caráter patrimonial, sendo considerada um contrato unilateral, pois impõe obrigação ao doador e não a quem recebe a transferência de benefícios. Mas diante das complexidades dos contratos, existe a possibilidade de a doação ter encargos e gerar uma incumbência em troca do seu benefício.

Assim, o acordo estipulado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina entre doador e clínica de inseminação artificial resulta em uma obrigação contratual para que a clínica mantenha em sigilo os dados do doador. Entretanto, mesmo que não houvesse estipulação contratual, o ato ilícito que fere a intimidade considerada direito fundamental também resultaria na responsabilidade civil. Assim, sobre a diferença de responsabilidade Contratual e extracontratual disserta Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2018, p.67):

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate no carro), estamos diante de uma responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano ocorre justamente do descumprimento da obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação da responsabilidade contratual.

Assim, o direito à intimidade é um direito fundamental disposto na Constituição, como também mencionado na resolução do Conselho Federal de Medicina, que diante a omissão legislativa, regula o assunto. Assim, deve ser preservado diante do seu caráter fundamental como também como também diante da estipulação contratual que o doador estabelece com a clínica seguindo as normas da resolução do conselho de medicina.

Assim, conforme Carolina Lopes de Oliveira (2016), não pode o médico revelar sem o consentimento doador seus dados pessoais como nome e imagem aos indivíduos gerados, pois é direito do doador a confidencialidade de suas informações.

## **4. CHOQUE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ANÁLISE DE JULGADOS**

### **4.1 Choque de Direitos Fundamentais**

Considerando o que foi trabalhado na segunda seção, aparenta ser evidente a importância dos direitos fundamentais diante do seu protagonismo constitucional, como também em outras áreas do direito. Assim, os direitos fundamentais devem ser respeitados por todos, inclusive pelo Estado, não podendo ser renunciados.

Assim, o direito encontra um empecilho quando direitos fundamentais se chocam e muitas vezes não há uma resposta imediata que solucione o caso. Diante do choque de direitos fundamentais, Canotilho (1999) afirma que de maneira geral quando o exercício de um direito fundamental por parte do titular colide com o exercício do direito fundamental de outro titular não estamos diante de um cruzamento de direitos e sim a um autêntico conflito de direito.

Vários critérios podem ser propostos quando há uma colisão. Primeiramente, procura-se uma conciliação entre os direitos. Ademais, observa-se a pertinência, ou seja, qual tutela a matéria de maneira específica e por último avalia-se o peso, ou seja, presume-se uma valoração de qual princípio é o mais importante, o que pode ser arbitrário e discutível já que a Constituição Federal não estabelece tal parâmetro. Tais regras servem para princípios, entretanto para pessoas que concordam com o pensamento de Robert Alexy que considera os direitos fundamentais como uma possibilidade de princípios, então essas regras também se aplicam aos direitos fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2022).

Não há qualquer menção na Constituição Federal de 88 e em outros textos legais sobre a existência de uma hierarquia entre direitos fundamentais, na qual exista direitos fundamentais superiores e outros inferiores. No choque de direitos fundamentais, na maior parte das vezes, resta ao judiciário analisar o caso concreto e apontar qual direito prevalecerá. Nesse sentido, disserta Pedro Lenza (2018) que é necessário uma ponderação entre os direitos e que caso não seja possível uma harmonização, o judiciário deve analisar o caso concreto e decidir.

Para Sylvio Motta (2021) buscando harmonizar a colisão entre direitos fundamentais, o intérprete pode utilizar o princípio da concordância prática que leva a uma harmonização de direitos mediante a redução proporcional de cada um deles diante do caso concreto, pois não implica na negação absoluta de um dos direitos e também não parte de um equivocado entendimento que há uma hierarquia entre eles. Assim, o autor reforça a importância do caso concreto para a delimitação de direitos, diante de suas especificidades.

Assim, a doutrina juntamente com a jurisprudência demonstra que existe um limite de alcance de direitos fundamentais, em geral ocorrendo a sua limitação quando se choca com outros direitos e princípios fundamentais. Assim, deve-se encontrar técnicas e princípios para que se possa chegar a um resultado na qual prevaleça algum direito. Nesse sentido, observa-se a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE - COLISÃO - PONDERAÇÃO DE INTERESSES - Na situação de colisão entre princípios/direitos fundamentais os quais encontram o seu limite em outros princípios/direitos, deve-se utilizar o juízo de ponderação dos interesses envolvidos, com o escopo de se garantir a máxima efetividade de cada qual - Constatando-se da manifestações vergastadas, há que se reconhecer a prevalência dos direitos fundamentais da personalidade em detrimento da liberdade de expressão.(TJ MG - Agravo de instrumento - CV al xxxxx 40092720001 Nova Lima).

Observa-se a decisão proferida pelos desembargadores que após ponderarem os interesses da demanda chegaram a conclusão que nesse caso concreto há uma prevalência do direito fundamental da personalidade em detrimento da liberdade de expressão.

Nesse assunto, há vários autores que dissertam sobre direitos fundamentais, sendo assim, válido destacar, Robert Alexy (2008 p. 95) que em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais destaca o sopesamento como uma das principais técnicas para dirimir o conflito de direitos fundamentais, observa-se: “O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto [...]”.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade possuem destaque no direito constitucional e harmonizam com os princípios da concordância prática e da ponderação. Possuem uma importante atuação no campo das restrições do direito fundamentais, principalmente quando se fala de colisão. Acontece que a aplicação desses princípios é mais abrangente e engloba conceitos justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência que reforçam que o Estado de Direito é o não arbítrio. Assim, a aplicação desses princípios constrói o seu alcance, diante de sua incidência no caso concreto (MENDES *apud* SARLET, 2022).

Portanto, quando há colisão de direitos fundamentais, deve-se valer de princípios e técnicas de ponderação de interesse para que se chegue a um resultado no caso concreto, caso assim seja possível, limitando alguns direitos fundamentais em prol de outros direitos fundamentais. Nesse sentido, reconhece-se o seu caráter não absoluto.

## 4.2 Análise de julgados

É importante verificar como esse tema vem sendo decidido pelos Tribunais brasileiros e para isso, o site Jus Brasil foi utilizado como referência nesta pesquisa para buscar decisões judiciais. Ao pesquisar no *site* por palavras chaves sobre o tema, é possível observar que há poucos julgados a respeito do assunto, sendo um tema ainda pouco discutido quando se trata de inseminação artificial e busca da origem genética.

A maior parte das demandas judiciais envolvendo inseminação artificial são ações movidas contra Estados pleiteando o custeio dos procedimentos de inseminação artificial pelo sistema único de saúde (SUS) ou pleiteando o reconhecimento de dupla paternidade ou maternidade na certidão de registro dos filhos frutos de adoção ou inseminação artificial heteróloga. Entretanto, existem alguns julgados muito interessantes que envolvem fundamentações interessantes para o tema em questão.

Uma decisão judicial do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul do ano 2013, analisou uma demanda que pleiteava o registro de nascimento de um bebê fruto de um casal homoafetivo que utilizou a técnica de inseminação artificial heteróloga, pois havia encontrado óbice em registrar diante dessa situação. Em decisão interlocutória, o magistrado determinou a nomeação de curador especial para criança e a citação do laboratório para informar quem era o doador. Diante dessa decisão, as partes interpuseram agravo de instrumento e no acórdão, os desembargadores consideraram desnecessário a citação do laboratório para informar quem era o doador e decidiram pelo registro do filho do casal nessa situação. Observa a ementa:

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

indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013)

(TJ-RS - AI: XXXXX RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 04/04/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/04/2013)

Observa-se que os desembargadores em sua fundamentação consideram que quebrar o anonimato do doador anônimo pode inviabilizar a utilização da técnica de inseminação, pois quem doa não deseja ser identificado e não quer ser responsabilizado juridicamente por essa gravidez. Entretanto, a manutenção do anonimato se contrapõe ao direito de reconhecimento do estado de filiação, direito personalíssimo. Nesse sentido, por ser direito personalíssimo, na visão dos desembargadores somente pode ser exercido por quem deseja investigar a sua ancestralidade e não por terceiros ou atuação judicial de ofício.

Nesse sentido, o indivíduo fruto da inseminação artificial heteróloga é quem pode pleitear demanda a respeito da investigação de sua ancestralidade, mas consideram esse direito flexibilizado em razão do anonimato estipulado pela resolução do CFM. Assim, no caso em comento, não viu necessidade de citar o laboratório e o doador anônimo para integrar o feito, pois não viu óbice para o registro do nascimento do filho.

Assim, essa decisão apesar de não flexibilizado o anonimato, não exclui a importância da origem genética como direito personalíssimo, no entanto ressalta que cabe ao titular desse direito pleitear a sua investigação de ancestralidade, caso queira no futuro.

Outra decisão que vale destacar é a de um caso de investigação de paternidade por parte de um filho adotivo, valendo-se do art. 48 do ECA que possibilita a investigação da origem biológica por parte do adotado, observa-se:

ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (art. 227, §6º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigante ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA 44.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70014442743, Sétima Câmara Cível, Relator(a): Maria Berenice Dias, J: 26/04/2006.

É perceptível que esse direito no tocante à investigação já está sendo exercido por quem é adotado e tem o interesse de descobrir a sua origem biológica. Como explicado anteriormente, o princípio da isonomia é um princípio constitucional que garante o mesmo tratamento da lei a todos e assim, como é um direito exercido pelos adotados, não deveria haver óbice no tocante a filhos frutos de inseminação artificial heteróloga, visto que ambos compartilham da filiação socioafetiva. Do mesmo jeito que pode ser importante para o adotado na composição de sua identidade o descobrimento de sua origem biológica, também pode ser ao filho fruto de inseminação artificial heteróloga.

Acontece que o ECA na disposição do art. 48 apenas menciona a figura do adotado, sendo omissa no tocante ao filho fruto de inseminação artificial heteróloga. Acontece que o art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro dispõe que quando a lei for omissa o juiz pode decidir o caso com base na analogia. Assim, como a situação do adotado se assemelha a inseminação artificial heteróloga, pois ambos compartilham a filiação socioafetiva e podem ter interesse em descobrir a origem biológica, esse entendimento poderia ser estendido ao filho de inseminação artificial heteróloga não. Assim, caberia ao magistrado, no caso concreto, resolver essa omissão.

Ademais, outra decisão importante a respeito desse tema diz respeito a um casal de dois homens que para terem um filho, recorrem às técnicas de reprodução assistida com uma doadora do gameta feminino e um deles doando o gameta masculino. A doadora do gameta, que também foi quem gestou a criança, apenas realizou esses papéis e não desenvolveu vínculo com a criança. O pai socioafetivo encontrou óbice para se registrar como pai de criança e por essa razão, pleiteou uma ação declaratória de dupla paternidade para ter reconhecido a dupla paternidade diante da filiação biológica e socioafetiva com a criança.

Em 1º grau, o magistrado acolheu o pedido inicial e determinou a emissão da certidão de nascimento da criança com a dupla paternidade. Acontece que o Ministério Público não se

contentou com a sentença e apelou da decisão alegando nulidade por incompetência do juízo e que não tiveram oportunidade de versar sobre o mérito, pois consideravam que a demanda versava sobre adoção, já que a doadora não era pessoa anônima.

Assim, em segundo grau, a apelação foi desprovida e manteve-se o que foi decidido na sentença. Nesse sentido, o Ministério Público interpôs Recurso Especial, e o STJ decidiu no seguinte sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FECUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO, PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRA JUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNI. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO, CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. 2. "A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante." (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar, 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem" do art. 1.593 do Código Civil, 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança, 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 300004SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica. 8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n.63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio. 9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado. 10. RECURSO ESPECIAL. STI - RECURSO ESPECIAL: RXXXXX SC XXXX/XXXXX-4.

Em relação a doadora de material fecundante diante da reprodução assistida heteróloga, como bem pontua a decisão, sequer formou laços com a criança e assim, não há o que se falar em filiação. Nesse sentido, não houve vínculo de parentesco entre ambas, a doadora apenas doou material genético para possibilitar o procedimento.

No tocante a pontuação que a doadora de gameta feminino renunciou expressamente ao poder familiar, tal colocação pode ser questionada, pois como se quer houve filiação, o poder

familiar nesse sentido não existiu entre doadora e indivíduo fruto de reprodução heteróloga. Inclusive o Código Civil expressa um rol de situações em que o poder familiar é extinguido e a situação em comento, não se enquadra em nenhuma delas, pois conforme consta no processo, a doadora renunciou ao poder familiar por meio de escritura pública. Assim, como doadora apenas, sequer estabeleceu filiação com a criança.

Nesse sentido, sobre filiação e poder familiar, disserta Sílvio de Salvo Venosa (2023 p. 225):

Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o poder familiar, denominado anteriormente como pátrio poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Assim, diante da fala do Silvio de Salvo venosa, é perceptível que filiação é o elo jurídico que une pais e filhos pelo laço de parentesco formado entre eles com base na socioafetividade e o poder familiar é o conjunto de poderes e deveres que os pais têm com os filhos, até os últimos completarem a maioridade.

Assim, a filiação abrange o poder familiar, mas são coisas distintas. Na adoção, a filiação foi formada, mas diante de algum fator eleito pelo código civil, o poder familiar foi extinto e diante disso, abriu espaço para a possibilidade de adoção das crianças. Na inseminação artificial heteróloga, sequer houve a formação da filiação.

Na adoção é possível a retificação do documento da certidão de nascimento, constando apenas os novos pais socioafetivos, mas a filiação biológica nunca foi desfeita, o que houve foi a extinção do poder familiar. Nesse sentido, o ECA no art. 48 possibilita aos filhos adotados, caso queiram e quando completarem 18 anos, investigar a sua origem genética.

Maria Helena Diniz (2022) o poder familiar é um conjunto de direitos obrigações exercidas pelos pais, em igualdade de condições quanto ao filho menor não emancipado, tendo em vista o interesse e a proteção desse filho. Caso haja divergência entre os pais, poderá recorrer a um magistrado para solucionar o problema, tendo em vista o melhor interesse da criança.

Além disso, no tocante ao pai socioafetivo, o que não contribuiu com o material genético, apesar da filiação socioafetiva ser a mesma da adoção, não há o que se falar em adoção nesse caso, pois foi utilizado procedimento de reprodução assistida heteróloga que também garante que a filiação seja socioafetiva. Assim, ao julgar o recurso especial, a terceira turma por unanimidade negou provimento ao recurso especial.

Outra decisão importante de ser destacada foi a proferida pelo STJ que julgou improcedente o pedido de retirada da paternidade diante da ausência de vínculo biológico. Os desembargadores fizeram pontuações interessantes sobre o tema, como se observa:

DIREITO DE FAMÍLIA, AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO, PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, RECONHECIMENTO, "ADOÇÃO À BRASILEIRA" IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora. 2. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas, 4, com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode indicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro" do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes. . Recurso especial não provido. STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 10000C. SP XO0X/00006-9.

O caso em comento trata a situação em que o Demandante depois do término do relacionamento com a companheira, queria se desvincular da filiação socioafetiva, pois havia assumido a responsabilidade de pai com a criança, inclusive registrado o filho. Acontece que por mais que ele não tenha vínculo biológico com a criança, assumiu a paternidade e gerou o vínculo da filiação e essa é um direito irrenunciável.

O juiz de direito ao julgar a demanda reconheceu a ausência de vínculo biológico, mas manteve os demais efeitos da filiação diante da filiação socioafetiva. Considerou que ao registrar a criança com seu nome, realizou uma “adoção à brasileira”. O Demandante apelou da decisão. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença.

Diante do acórdão, o Demandante interpôs recurso especial com o intuito de excluir seu nome de todos os registros notariais que envolviam o filho e sua desoneração da obrigação de prestar alimentos como outras decorrentes da filiação. O recurso especial não foi admitido, mas o recorrente agravou.

Assim, a quarta turma do STJ negou provimento ao recurso especial. Em decisão, os ministros reconheceram que embora tivesse havido uma “adoção à brasileira” por parte do recorrente, ao registrar filho que não era seu, a partir do momento que o vínculo socioafetivo é firmado, mas não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade e também não consiste na condição resolutiva diante do término do relacionamento com a mãe da criança.

Diante disso, a ação negatória da paternidade depende da inexistência da origem biológica e que a filiação não tenha se formado a partir do vínculo socioafetivo diante da convivência familiar. Assim, os ministros reconheceram que o autor ao registrar o filho em seu nome, a partir de um ato de voluntariedade e desenvolvendo um vínculo socioafetivo com a criança, acarretou na formação da filiação. Inclusive o art. 1.604 do Código civil dispõe que apenas pode reivindicar o estado em que se encontra o registro de nascimento, apenas em casos de erro ou falsidade do registro, o que não é o caso em comento, pois foi uma inverdade quanto à origem genética, mas não quanto ao vínculo afetivo.

Na decisão, os ministros enfatizaram que o registro do nascimento não retira da criança o direito de buscar a sua identidade biológica e constar no registro o seu pai biológico. Quando atingir a maioridade, pode o menor desfazer a “adoção à brasileira”.

Assim, em todas as decisões, tanto desembargadores como ministros reconheceram a importância e a possibilidade de se investigar a origem biológica/genética. A primeira decisão analisada tratou-se de inseminação artificial heteróloga e como o pedido era o reconhecimento da dupla paternidade em registro de nascimento, os desembargadores consideraram desnecessário citarem o laboratório e quebrarem o anonimato, nesse caso em específico. Entretanto, deixam bem claro na fundamentação, a possibilidade de o indivíduo atingido a maioridade civil investigar a sua origem genética, caso queira.

Já nas outras decisões, que envolvem adoção e não necessariamente inseminação artificial heteróloga, são importantes no tocante às suas fundamentações pois todas elas reconheceram a importância do descobrimento da origem biológica/genética e a possibilidade do indivíduo fruto dessa técnica de reprodução assistida pleitear uma demanda para descobri-la, respeitando assim o art. 48 do ECA que garante a origem genética como direito personalíssimo e a faculta ao adotado completado a maioria o direito de descobri-la. Assim, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e isonomia tal direito também poderia ser ampliado para indivíduos frutos de inseminação artificial heteróloga.

### **4.3 Omissão legislativa e procedimento adequado para pleitear a origem genética**

Ainda não há uma legislação no campo jurídico específica disposta sobre as técnicas de reprodução assistida, em especial a inseminação artificial heteróloga. Tramita atualmente alguns projetos de Lei no Congresso Nacional que tratam sobre o assunto.

O projeto de Lei nº 4686/04 dispõe que não haverá vínculo no tocante à filiação entre doadores de gametas e indivíduos frutos de inseminação artificial heteróloga. Tal disposição traz segurança jurídica ao ordenamento, já que possibilita que o indivíduo fruto dessa técnica conheça sua origem genética, mas sem gerar complicações no tocante à filiação. Até o presente momento, nada foi aprovado no Congresso quanto a isso.

Ademais, existem muitas dúvidas a respeito do procedimento mais adequado para se investigar a origem genética das pessoas frutos de inseminação artificial heteróloga. Na maioria dos casos a ação de investigação de paternidade é o procedimento realizado para descobrir a origem genética, conforme a Lei nº 8.560/92.

Entretanto, autores como Paulo Lôbo (2004) discordam de ser essa a ação adequada para a investigação da origem genética. Afirma que investigação da paternidade é diferente de descobrir a origem genética, pois a paternidade deriva do estado de filiação que pode ser biológica ou socioafetiva. Um exemplo da importância dessa diferenciação é um casal que autorizado pelo marido, utilizam a inseminação artificial heteróloga, assim como é permitido no Código Civil. O filho pode querer investigar a origem genética para fins de direito da personalidade, mas não almeja uma atribuição de paternidade para o doador. Diante disso, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim.

Assim, percebe-se que é necessário criação a de um meio adequado para exercer esse direito de pleitear a investigação da origem genética e assim, as legislações que versarem sobre o tema que forem aprovadas no congresso devem se atentar para essas questões procedimentais.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho brevemente explicou o grande avanço que as técnicas de reprodução assistida é - em especial a inseminação artificial heteróloga - para alguns casais e indivíduos que buscam o sonho de realizar o seu projeto familiar. Essas técnicas crescem a cada ano e revelam um avanço da ciência na solução dessas questões, mesmo com alguns percalços culturais, históricos e legislativos. É um tema que envolve direitos fundamentais e direitos humanos.

Por questões de ordem metodológica, foi realizado um recorte ao tema, dialogando com a teoria envolvendo a temática com os direitos fundamentais: o anonimato do doador *versus* o direito do indivíduo de descobrir a sua origem genética. Assim, há questionamentos sobre qual direito prevalece em um caso concreto já que o anonimato do doador é estipulado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, que sequer é lei, acaba contrapondo-se de maneira direta ao art. 48 do ECA que possibilita que indivíduos busquem a sua origem genética.

Apesar do anonimato do doador não ser estipulado por lei, a CF/88 prevê a o direito à privacidade de informações como direito fundamental do indivíduo. Assim, o anonimato do doador é um direito fundamental. Já o art. 48 do ECA estipula o direito de conhecer a origem genética por pessoas que tenham sido adotadas, que também é considerado um direito fundamental. Conforme abordado este é um direito possível de ser estendido para pessoas frutos de inseminação artificial heteróloga com base nos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana.

Como fundamentado na terceira seção, o ECA ao oportunizar que pessoas adotadas descubram a sua origem genética, reforça a importância da origem genética na composição de identidade de um indivíduo e é um elemento necessário muitas vezes por questões psíquicas, sociais e antropológicas. Assim, pode os indivíduos frutos de inseminação artificial heteróloga terem essa vontade.

Diante desse impasse, o esclarecimento de alguns pontos é necessário para clarear as ideias. Assim, como fundamentado nos capítulos, o conceito de filiação não se confunde com a origem genética, pois o primeiro representa um elo jurídico de parentesco entre pais e filhos e o segundo no tocante ao descobrimento da origem biológica.

Assim, o indivíduo fruto de inseminação heteróloga ou adoção que pleiteia o reconhecimento da origem genética não almeja uma investigação de paternidade que acarretaria

no reconhecimento dela e da filiação em si, conhecer a sua origem biológica. Diante disso, o tipo de ação adequada é discutido por vários doutrinadores para entender qual seria mais viável.

Com a Constituição de 88 e o novo Código Civil, a preferência pela filiação biológica foi deixada de lado e abriu espaço para filiação socioafetiva ser tratada com respeito e dignidade e assim, ter preponderância no novo ordenamento, baseado no desenvolvimento do vínculo de afeto de pais com filhos. Nesse sentido, o filho fruto de inseminação heteróloga ao descobrir a sua origem genética em nada acarretaria em reconhecimento da paternidade do doador, pois o vínculo de parentesco não se formaria, ou seja, não haveria filiação, elemento essencial para o reconhecimento da paternidade.

Assim, além do doador de gameta masculino e o indivíduo fruto desse procedimento sequer terem desenvolvido laços, o que por si só já demonstra que não há filiação, o doador realiza um contrato de doação com a clínica que realiza esse procedimento, sendo esse contrato uma prova documental de que o que houve naquela situação foi uma doação somente. Nesse sentido, fica esclarecido que conforme o ordenamento jurídico brasileiro, o doador não seria responsabilizado quanto à paternidade no futuro, caso fosse revelado a sua identidade.

Ao analisar os julgados sobre o tema na quarta seção, investigando se há demandas judiciais com filhos frutos de inseminação artificial heteróloga querendo descobrir a sua origem genética, no site pesquisado não foram encontradas. Já em relação às pessoas adotadas, existem algumas demandas que buscam conhecer a própria origem genética e como é analisado na quarta seção, as decisões são muito relevantes sobre esse tema, no tocante à filiação e origem genética. Conforme concluído, o dispositivo do ECA que permite essa investigação de origem genética pode ser estendido a pessoas frutos de inseminação artificial heteróloga. Nesses julgados, o reconhecimento da origem genética foi ressaltado como importante na construção da identidade de um indivíduo, sendo investigado por pessoas adotadas conforme o art. 48 do ECA.

Nesse sentido, não há prejuízo à técnica de inseminação artificial heteróloga se os indivíduos fruto desse procedimento pretenderam investigar a sua origem genética, visto que a investigação da origem genética não acarretaria na formação de vínculo com o doador de gametas. Diante disso, é importante ressaltar que essa investigação como estipulada a critério do art. 48 ECA fica possibilitado ao próprio indivíduo pleitear a ação de investigação, visto que é direito personalíssimo e quando completar 18 anos. Assim, na maioria, o indivíduo pode refletir se deseja investigar a sua origem genética ou não, a partir de seus critérios pessoais.

Quanto ao doador, de fato pode ser um incômodo ter a sua identidade revelada, entretanto nenhuma responsabilização quanto a paternidade seria atribuída a ele no futuro conforme foi fundamentado anteriormente. Nessa colisão de direitos, conforme o estudo feito, a identidade genética prevalece diante do anonimato do doador, diante da sua importância na construção de identidade de um indivíduo.

Sobre esse assunto, fica evidente a necessidade de legislação sobre o tema, a fim de dirimir esses imbrólios jurídicos gerados diante da omissão do poder legislativo. As normas do Conselho Federal de Medicina não são normas jurídicas e não resolvem a complexidade exigida do tema. Ficando a cargo do judiciário decidir nos casos concretos, entretanto diante de entendimentos diferentes pode acarretar em uma insegurança jurídica.

O presente trabalho se propôs a discutir sobre direitos fundamentais, que como bem fundamentados, não possuem hierarquia entre eles, o que pode acontecer no caso de colisão se valer de técnicas e princípios que possam dirimir essas questões. Esse trabalho analisou o tema do ponto de vista jurídico, entretanto é um tema que percorre várias ciências e precisa ser analisado por cada uma delas diante de uma interdisciplinaridade.

Como se trata de direitos fundamentais, podem haver diferentes posições no tocante à qual prevalece diante da colisão de direitos. Assim, legislar o tema pode ser interessante para que várias questões sejam esclarecidas, além de conferir segurança jurídica para os participantes da técnica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

ALEXANDRINO, M.; PAULO; V. **Direito administrativo descomplicado**. 27 ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

ALVES, Bruna. **Inseminação intrauterina, fertilização in vitro: qual método é mais eficaz e o que está disponível no SUS?**. BBC, São Paulo, 28 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63722144#:~:text=De%20acordo%20com%20os%20especialistas,10%20mil%2C%20dependendo%20da%20cl%C3%ADnica>. Acesso em 16 de abr. de 2023

BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 08 de nov. de 2021.

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL, TJ/MG. **Agravo de instrumento nº 1.0188.14.009272-0/001**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/939962510/inteiro-teor-939962583>. Acessado em 16 de abr. de 2023.

BRASIL, TJ/RS. **Agravo de instrumento nº 70052132370**. Oitava câmara cível Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/112732656/inteiro-teor-112732666>. Acessado em 16 de abr. de 2023.

BRASIL, TJ/RS. **Apelação Cível nº 70014442743**, Sétima Câmara Cível, Relator(a): Maria Berenice Dias. J: 26/04/2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/5903881/inteiro-teor-12040551>. Acesso em 16 de abr. 2023.

BRASIL, STJ. **Recurso especial nº 1.608.005 -SC**.3º turma. Relator(a): Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/711899837/inteiro-teor-711899898>. Acessado em 17 de abr. de 2023.

BRASIL, STJ. **Recurso especial nº 1.352.529**. Quarta turma. Relator (a): Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/181121079>. Acesso em 16 de abr. de 2023.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.320/2022**. Dispõe sobre normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320\\_2022.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf). Acessado em 10 de abr. de 2023.

BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

CÂNDIDO, NATHALIE CARVALHO. Direto ao conhecimento da origem genética e as técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga. **Revista Opinião jurídica**. n. 12. 2010.

COELHO, Tatiana. **Fertilização in vitro**: a evolução 40 anos após o nascimento de primeiro 'bebê de proveta'. G1, 25 de julho de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/07/25/fertilizacao-in-vitro-a-evolucao-40-anos-apos-o-nascimento-do-primeiro-bebe-usando-a-tecnica.ghtml>. Acesso em 16 de abr. de 2023

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** / Maria Helena Diniz. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família** / Maria Helena Diniz. – 36. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional** / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 42. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GAGLIANO, R; Stolze, P. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 19 ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, R; Stolze, P. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 6: direito de família. 9 ed. - São Paulo; Saraiva educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Responsabilidade civil** - vol. 3 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família** – v. 6 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 12 ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família** – v. 6. 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

JUNIOR, Wanderlei Lukachewski; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A busca da origem genética na reprodução assistida heteróloga como complemento da personalidade com fundamento na dignidade da pessoa humana. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, n. 10, p. 101 - 136, jul/dez/2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. Pedro Lenza. - 22 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIRA, Wladimir Paes de. Danos pela Impossibilidade dos Filhos de Conhecerem a Origem Genética e Responsabilidade Civil dos Pais. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela. **Responsabilidade Civil e Direito de Família: O Direito de Danos na Parentalidade e Conjugalidade**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Volume 1: Parte Geral / Paulo Lôbo**. – 11. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 1: parte geral / Paulo Lôbo**. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47 - 56, out./dez. 2004.

MORAES, Paula Louredo. “**Inseminação artificial**”; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/biologia/inseminacao-artificial.htm>. Acesso em 05 de out. de 2022.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; Scheffer, Bruno Brum.. Reprodução assistida. Um pouco de história. **Revista SBPH**, v.12 n.12. Rio de Janeiro. Dezembro 2009.

MELO HP. Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a doador de gametas. In: Nunes R, Melo H, editores. **Genética e reprodução humana**. Coimbra:Gráfica Coimbra Ltda.; 2000. p. 159-251.

MACEIL, José Fabio Rodrigues. **Manual de História do Direito / José Fabio Rodrigues Maciel, Renan Aguiar**. - 10. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2022.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética**. In: JusNavigandi, Teresina, ano 7, nº 55, 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões / Sylvio Motta**. – 29. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**, 2. ed, 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 1: parte geral / Paulo Nader – 11.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Maria de Fátima Freire de Sá. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida. **Revista Bioética y Derecho** nº.34 Barcelona 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, 1963. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado / [Guilherme de Souza Nucci]**. – [5. ed.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Carolina. **Saber ou não saber, eis a nova questão**: O direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 221 -247, jan/jun. 2016.

**O que são direitos humanos?**. Unicef. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos>. Acessado em 16 de abr. de 2023

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos** / Flávia Piovesan; prefácio de Fábio Konder Comparato. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROCHA, Lucas. **Número de fertilizações in vitro sobe 32,7% em 2021 e retoma nível pré-pandemia**. CNN, São Paulo, 08 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/numero-de-fertilizacoes-in-vitro-sobe-327-em-2021-e-retoma-nivel-pre-pandemia/#:~:text=ciclos%20e%20congelamentos,-,Em%202020%20e%202021%2C%20mais%20de%2036%20mil%20gesta%C3%A7%C3%B5es%20cl%C3%ADnicas,tamb%C3%A9m%20foram%20apresentados%20pela%20Anvisa>. Acesso em 24 de out. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. – 11. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie / Flávio Tartuce. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. (Direito civil; 3)

TARTUCE, Flávio, 1976. **Direito civil**: direito de família / Flávio Tartuce. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie / Flávio Tartuce. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. Sílvio de Salvo Venosa – 6 ed. – São Paulo: Atlas 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo, 1945- **Direito civil**: família e sucessões / Sílvio de Salvo Venosa. – 23. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2023.