

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

PALOMA LIMA IBRAIM DOS SANTOS

O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E O DIREITO À IDENTIDADE  
GENÉTICA DO SER CONCEBIDO: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO  
FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

SÃO PAULO

2019

PALOMA LIMA IBRAIM DOS SANTOS

O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E O DIREITO À IDENTIDADE  
GENÉTICA DO SER CONCEBIDO: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO  
FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora ao final do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do diploma.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo

SÃO PAULO

2019

DOS SANTOS. Paloma Lima Ibraim.

O Anonimato do Doador de Gametas e o Direito à Identidade Genética do Ser Concebido: A Ponderação de Interesses como forma de resolução do conflito/ Paloma Lima Ibraim dos Santos - 2019. 35 f.: il.; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Bibliografia: f. 34-35

1. Reprodução Assistida heteróloga. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direito ao conhecimento da origem genética. 4. Direito à intimidade. 5. Ponderação de interesses. I. Título

PALOMA LIMA IBRAIM DOS SANTOS

O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E O DIREITO À IDENTIDADE  
GENÉTICA DO SER CONCEBIDO: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO  
FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora ao final do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do diploma.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Diogo Leonardo Machado de Melo  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Ms. Marcelo Romão Marineli  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Ms. Fabricio Favero  
Professor convidado

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Arlindo e Isabel, por minha formação, por todos os valores transmitidos e pelo exemplo do quão importante é a educação. Sem o incentivo, amor e cuidado deles nada disso seria possível.

Aos meus irmãos Priscila e Nycollas, por todo amor e apoio nessa jornada e por entenderem meus momentos de ausência.

Ao meu sobrinho Lucas, que, mesmo tão pequeno, me ensina tantas coisas e me motiva a ser alguém melhor.

Ao meu amor Giovanni, por muitas vezes acreditar em mim mais do que eu mesma e por tornar todos os meus dias mais leves. Seu apoio e presença nessa jornada foram cruciais para o meu desenvolvimento.

Aos meus amigos, pela paciência, força, apoio, compreensão e, principalmente, por tornarem meus dias muito mais divertidos, aliviando todos os momentos de estresse e compartilhando todas as alegrias.

Ao meu orientador Prof. Dr. Diogo Leonardo por ter me dado a honra de ser sua orientanda. Agradeço muito pela paciência, ajuda e conhecimento transmitido.

Por fim, e não menos importante, à minha querida Universidade Presbiteriana Mackenzie, pelos momentos vividos e grandes ensinamentos que seu corpo docente me proporcionou.

# **O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO SER CONCEBIDO: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO**

Paloma Lima Ibraim dos Santos<sup>1</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo objetivou analisar o conflito jurídico de direitos fundamentais que emanam da aplicação da reprodução humana assistida heteróloga em que, de um lado, tem-se o direito fundamental à intimidade do doador de gametas em ter seu anonimato preservado, e, de outro, o direito fundamental do conhecimento da origem genética do ser concebido. Diante da ausência de legislação específica sobre o tema, demonstrou-se a necessidade da aplicação da técnica de ponderação de interesses, a fim de se resguardar o bem jurídico que no caso concreto seja mais apto a assegurar a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Reprodução Assistida heteróloga. Direitos Fundamentais. Direito ao conhecimento da origem genética. Direito à intimidade. Ponderação de interesses.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **ABSTRACT**

The present article is an analysis on the juridical conflict between Fundamental Rights emanating from the use of assisted human reproduction techniques, in which, on one side, lays the sperm donor's Fundamental Right to his intimacy, and on the other, the child's Fundamental Right to knowledge of their genetic origins. The absence of specific legislation regarding this topic has pointed to the necessity of using an interest-evaluation technique in order to safeguard the legal good, which, in this specific case, will be the most capable of ensuring human dignity

**Keywords:** Assisted Reproduction heterologous. Fundamental Rights. Right to knowledge of genetic origins. Right to intimacy. Interest-evaluation.

## SUMÁRIO

**1 INTRODUÇÃO - 2 A EVOLUÇÃO DA IDEIA DE FAMÍLIA CONSANGUÍNEA PARA A DE FAMÍLIA SOCIOAFETIVA - 3 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA - 3.1 REPRODUÇÃO HETERÓLOGA - 4 CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO SER CONCEBIDO 4.1 - DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS - 4.2 DIREITO AO RECONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA - 5 DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO EMBATE – 6 CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

### 1 INTRODUÇÃO

As evoluções científicas e tecnológicas promoveram mudanças significativas nos modos de vida das pessoas, principalmente no campo da medicina, trazendo novas técnicas e procedimentos de geração de vida à sociedade.

Desta forma, levando em consideração que uma grande parcela da sociedade deseja ter filhos, planeja, mas não consegue concretizar esse objetivo muitas vezes em decorrência da infertilidade/esterilidade, tais pessoas buscam na ciência uma solução para essa situação.

Assim, desde 1984, com o nascimento do primeiro bebê de proveta no Brasil, pessoas com problemas de infertilidade/esterilidade podem contar com um conjunto de tratamento para conseguir ter filhos, sendo tal procedimento conhecido como Reprodução Assistida (RA). A RA pode ser homóloga, quando o material genético utilizado for dos próprios cônjuges, ou heteróloga quando houver a utilização de material genético de pelo menos um terceiro doador, estranho à referida relação.

O presente trabalho limitou-se à análise da reprodução humana assistida heteróloga, já que dela emanam inúmeras inquietações e discussões ético-jurídicas em razão da utilização de material genético de um terceiro doador que, em consonância ao disposto nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), deverá ser estranho ao núcleo familiar dos indivíduos que pretendem realizar o emprego da técnica de reprodução humana, havendo a preservação do sigilo quanto a sua identidade.

Uma grande polêmica se instaura quando há o conflito de dois direitos protegidos pela Constituição Federal: de um lado o direito à preservação da identidade do doador anônimo de

gametas, e, de outro, o direito à origem genética do ser concebido.

Tendo em vista que a legislação brasileira não acompanhou na mesma proporção a evolução da ciência, surgindo diversas lacunas legais e situações conflituosas como a acima mencionada, o presente estudo visa a análise e ponderação sobre a melhor alternativa em caso de conflitos principiológicos e de direitos, em situações em que a procura pela origem genética, no contexto da reprodução heteróloga, esbarra no direito ao sigilo do doador de material genético.

Neste sentido, o presente trabalho está dividido em quatro tópicos.

O primeiro tópico trata da evolução do conceito de filiação, a fim de estabelecer-se a superação do vínculo biológico na aceção de família, ao passo que se reconheça como mais importantes os enlaces firmados na afetividade.

O segundo tópico trata da reprodução humana assistida como forma de garantir o exercício efetivo do direito ao planejamento familiar, consubstanciado na Constituição Federal, focalizando-se na reprodução heteróloga, objeto de estudo mais aprofundado no presente trabalho.

O terceiro tópico, por sua vez, discorre acerca do conflito jurídico entre o direito à preservação do anonimato do doador *versus* o direito à identidade genética do ser concebido no contexto da reprodução assistida heteróloga, trazendo argumentos doutrinários diversos em relação tal questão.

Por fim, no quarto tópico o enfoque é trazer a ponderação de interesses como opção para solução do embate do referido conflito jurídico, na qual devido a determinadas circunstâncias, um princípio fundamental prevalecerá sobre o outro, no entanto, sempre buscando a concordância de ambos de uma maneira equilibrada e harmônica.

## **2 A EVOLUÇÃO DA IDEIA DE FAMÍLIA CONSANGUÍNEA PARA A DE FAMÍLIA SOCIO-AFETIVA**

Antes da Constituição Federal de 1988, havia uma grande distinção entre os filhos, que eram classificados em legítimos e ilegítimos, em razão da relação entre os progenitores - se oficial ou não. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves<sup>2</sup>:

Filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 324

vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adúlteros, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã.

Neste aspecto, vale ressaltar que inclusive o Código Civil de 1916 trazia distinção entre os filhos legítimos e os ilegítimos, sendo os primeiros aqueles havidos na constância do casamento, enquanto os segundos havidos fora do casamento.

Felizmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente em seu artigo 227, parágrafo 6º, o qual dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, foi estabelecida a igualdade de filiação, não encontrando mais amparo legal distinção alguma entre filhos legítimos e ilegítimos.

Nos dizeres de Ana Cláudia Scalquette<sup>3</sup> “[...] o mandamento constitucional da igualdade jurídica dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, incluindo os havidos por adoção, passou a nortear a interpretação de todo e qualquer dispositivo normativo existente”. Ou seja, houve uma mudança no sentido interpretativo, a partir da Constituição de 1988, de modo a ampliar o sentido de igualdade entre os filhos.

Tal inovação trazida pela Constituição Federal foi extremamente importante no contexto social brasileiro, implementando-se grandes avanços no Direito de Família, dentre eles, a rejeição a qualquer ato de discriminação em relação aos filhos inseridos na unidade família, mesmo que não haja relação de consanguinidade entre eles e seus pais.

Importante destacar ainda que referida evolução também se encontra expressamente disposta no artigo 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e foi reproduzida *ipsis litteris* mais adiante no artigo 1.596 do Código Civil de 2002.

A partir deste momento, “qualquer movimento de distinção dos filhos representaria um passo na contramão do Estatuto, cuja gênese impõe um tratamento unitário aos filhos credores de proteção integral contra quaisquer designações discriminatórias”<sup>4</sup>. Isto é, afastou-se as implicações de teor discriminatório, na medida em que consistiria numa ilegalidade, no mínimo.

Neste contexto, para Ana Cláudia Scalquette<sup>5</sup>, atualmente, a única diferenciação, inclusive meramente conceitual, que deveria existir seria a filiação biológica e a não

<sup>3</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41

<sup>4</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade, relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 88 *apud* MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 523.

<sup>5</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42-43

biológica. Vejamos:

O tratamento legal dado à filiação, atualmente, não faz distinção alguma entre filhos legítimos ou ilegítimos, tampouco, aos havidos ou não do casamento. Pelo contrário, quando, no art. 1596, o legislador utilizou a expressão “havido ou não da relação do casamento”, foi exatamente para garantir que fossem vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na atualidade, pode-se classificar, apenas com finalidade de detalhamento conceitual, a filiação como biológica e não biológica, ressaltando-se que o tratamento legal é idêntico para ambas as origens.

Desta forma, a normatização atual da filiação possibilita uma feição mais condizente à realidade social, em detrimento da exposta no contexto do Código Civil de 1916, que, por trazer uma diferenciação em relação aos filhos “legítimos” e “ilegítimos” constituía uma situação discriminatória aos filhos não gerados sob o modelo fático concebido na codificação anterior.

Verdade que com a evolução social, no que se refere à filiação, a expressão “pai” acabou por receber maior abrangência em seu significado, antes considerado apenas como sendo o genitor da criança, restringindo-se unicamente a laços biológicos, visto que atualmente compreende um significado mais abrangente, de forma a adequar-se à realidade social, tratando-se portanto do homem que está à frente da criação, da educação e da orientação da prole, sem haver, no entanto, a prevalência da transmissão de material genético para constituição de ser “pai”.

Neste contexto, a sociedade atual rompeu com a primazia do vínculo biológico, passando a adotar, para a concepção de família concomitantemente os enlaces afetivos, não sendo requisito essencial para a caracterização da família a descendência consanguínea. Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite, citado por Carlos Roberto Gonçalves<sup>6</sup> entende que “a verdadeira filiação – esta a mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”.

Segundo Villela, citado por Maria Fátima de Sá e Bruno Torquato<sup>7</sup>, essa desbiologização da paternidade está em consonância com o atual modelo de família:

<sup>6</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 121 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 313

<sup>7</sup> VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito (da) Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n 21 (n.t), maio/1979, p. 404, *apud* SÁ, MARIA DE FÁTIMA Freire de e TORQUATO, Bruno de Oliveira Naves. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**: Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 253

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de carácter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

Assim, embora o Código Civil não faça menção expressa ao termo “afeto”, o mesmo traz essa conotação implícita em grande parte de seus dispositivos. É o que afirma Washington de Barros Monteiro<sup>8</sup>, ao dispor que o “[...] artigo 1.593, do Código Civil ao utilizar a expressão “outra origem”, também “abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo”.

Desta forma, “embora as leis atuais não reconheçam a filiação socioafetiva, é inquestionável que a jurisprudência brasileira vem gradativamente e repetidamente valorizando a prevalência do que se chama de posse do estado de filho, que representa o fundamento fático da verdadeira e única filiação, que se sustenta no amor e no desejo de ser pai ou mãe”<sup>9</sup>.

O juiz, portanto, na hora de tomar sua decisão, atenta-se muito mais ao interesse da criança, de forma a valorizar e fazer prevalecer a verdade afetiva do que outros fatores.

Neste contexto, é evidente que a clássica família patriarcal, revestida de laços matrimoniais e amparada pela consanguinidade, já não subsiste como única forma familiar, sendo certo que o conceito de paternidade atualmente está relacionado muito mais com a afetividade do que com questões biológicas. A sociedade contemporânea, portanto, atribui um valor muito mais significativo ao aspecto socioafetivo como determinação de filiação do que o fator genético, tendo sido a socioafetividade empregada para facilitar as relações de parentesco quando ocorrer colisão de direitos entre filiações consanguíneas e socioafetivas.

Sob esse novo cenário, e sendo um meio de se viabilizar a constituição ou ampliação da família, as técnicas de reprodução humana assistida vêm sendo empregadas entre as pessoas que desejam engravidar, mas não conseguem naturalmente, a fim de que se realize o sonho da filiação, restando, portanto, superada a ideia de que a paternidade deve ser compreendida apenas em seu aspecto biológico.

### **3 O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

<sup>8</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32. ed., 1995; 37. ed., atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2004, v. 2, p. 294 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312

<sup>9</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 526

O planejamento familiar, conjunto de ações que visa permitir àqueles que buscam constituir uma família, é direito explícito na Constituição Federal, presente no artigo 226, §7º<sup>10</sup>:

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ademais, a Lei Federal 9.263/1996 dispõe sobre o planejamento familiar em seu art. 9º<sup>11</sup>, estabelecendo que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

Levando em conta que uma grande parcela da sociedade deseja ter filhos, mas não consegue concretizar esse objetivo muitas vezes em decorrência da esterilidade/infertilidade, tais pessoas buscam na ciência uma solução para essa situação, visto que com o passar do tempo houve a descoberta de novas técnicas e de procedimentos de geração da vida colocados à disposição da sociedade.

Neste contexto, a reprodução humana assistida surge para solucionar os casos de infertilidade e esterilidade, possibilitando que pessoas estéreis ou inférteis satisfaçam seus desejos de terem filhos, ou seja, é mais uma maneira de garantir o pleno exercício do direito ao planejamento familiar.

Importante ressaltar que, no contexto brasileiro, não há Lei que regule a reprodução assistida, razão pela qual a regulação do assunto é trazida por meio de Enunciados das Jornadas de Direito Civil, das Jornadas de Direito da Saúde e do Instituto Brasileiro de Direito de Família, dos Enunciados do Conselho Nacional de Justiça, da jurisprudência, da doutrina e principalmente por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) - principal fonte normativa no que diz respeito à reprodução humana assistida no Brasil -, estando vigente a última Resolução publicada em 2017.

Nas palavras de Adriana Maluf:<sup>12</sup>

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 9.263/1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>12</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito** – 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 193

A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Para Ana Cláudia Scalquette<sup>13</sup> a reprodução humana assistida é:

Aquela em que o casal recebe orientação de forma a programar a maneira de suas relações, visando à facilitação do encontro do espermatozoide com o óvulo, ainda que esse encontro se de por meio de relação sexual.

Ainda, defende Scalquette<sup>14</sup> que a assistência à reprodução pode ocorrer de duas formas. Vejamos:

A assistência à reprodução pode se dar, destarte, de duas maneiras: apenas em forma de aconselhamento e acompanhamento da periodicidade da atividade sexual do casal a fim de otimizar as chances de que ela resulte em uma gravidez; ou pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, objetivando viabilizar a fecundação.

A autora dispõe ainda que entre as principais técnicas de reprodução humana assistida estão:

[...] a fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigoto (ZIFT), injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), doação de oócitos e criopreservação embrionária, oocitária e de tecido ovariano<sup>15</sup>.

Tais técnicas podem ser usadas de forma homóloga, se o sêmen a ser inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, ou heteróloga se houver material genético de pelo menos um terceiro doador. O presente trabalho limita-se à análise da Reprodução Humana Assistida heteróloga, já que dela surgem algumas discussões judiciais de grande interesse social, gerando consequências jurídicas mais gravosas para a segurança das relações jurídicas familiares.

### 3.1 Reprodução Heteróloga

Conforme já introduzido, entende-se por reprodução heteróloga a técnica de reprodução que é utilizada quando há a impossibilidade de procriação usando os próprios

<sup>13</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58

<sup>14</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58

<sup>15</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59

gametas de um ou de ambos os interessados, sendo necessário, portanto, a utilização de gametas de terceiros doadores na fecundação.

A fecundação heteróloga pode ser feita *in vitro* ou *in vivo*. Luis Carlos dos Santos<sup>16</sup> preleciona que:

A fecundação *in vivo* ocorre quando a concepção se dá dentro do corpo da mulher, como ocorre na inseminação artificial. Já a fecundação artificial *in vitro* pode ser conceituada, de forma simples, como aquela em que a fecundação ocorre em laboratório, isto é, fora do corpo feminino. Assim, a pessoa que receberá o óvulo fecundado pode ser distinta da que doou o material genético, ou seja, não será a mãe biológica da criança.

Com a aplicação da referida técnica, surgem questionamentos morais, psicológicos, jurídicos, já que com o seu advento houve uma alteração na noção de parentesco. Nas palavras de Juliane Fernandes Queiroz<sup>17</sup>, no âmbito da reprodução heteróloga, a procriação acabou por desmembrar-se do ato de paternidade. Vejamos:

A concepção realizada por terceiro, através de doação de esperma, dissocia os dois atos, causando um desmembramento da própria paternidade. Se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídico, biológico e socioafetivo, na inseminação heteróloga não haverá convergência entre eles.

Assim, com a possibilidade de procriar sem a contribuição genética de um dos companheiros ou cônjuge, torna-se necessário se estabelecer critérios de forma a solucionar possíveis efeitos jurídicos decorrentes da utilização de tal técnica, principalmente no tocante ao direito da origem genética da prole *versus* o direito ao anonimato do doador de gametas.

#### **4 CONFLITO ENTRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA DO SER CONCEBIDO.**

Conforme já abordado, diferentemente da reprodução assistida homóloga, a heteróloga gera problema jurídicos vez que traz dúvidas ainda não abordadas pela legislação brasileira, já que inexistente regulamentação específica no Brasil até o momento sobre o tema.

Uma das grandes discussões jurídicas refere-se à possibilidade de a pessoa concebida mediante a aplicação desta técnica vir a buscar sua origem genética, invalidando, desta forma,

<sup>16</sup> SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos Lima (org). **Bioética e Direito: Temas dos novos tempos**. [SI], Ideia, 2013, p. 181

<sup>17</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 81

alguns princípios médicos, como o sigilo do doador anônimo.

Neste sentido, evidencia-se uma colisão de direitos fundamentais, em que encontramos, de um lado, o direito à personalidade do concebido e de outro o direito à preservação da intimidade do doador anônimo.

No tópico a seguir, discorreremos sobre as divergências doutrinárias no que se refere à tal discussão, trazendo em um primeiro momento, argumentos de quem é a favor da manutenção do sigilo do doador anônimo em um panorama geral, e, em um segundo momento, argumentos de quem é a favor da preponderância do direito da prole em ter sua identidade genética reconhecida.

#### 4.1 Direito ao anonimato do doador de gametas

Para que seja possível a realização da reprodução humana assistida heteróloga, é necessária a existência de doadores de gametas, os quais, voluntariamente, recorrem às clínicas de fertilização artificial para armazenar seus materiais genéticos. Neste sentido, para a efetivação de tal técnica, alguns elementos são indispensáveis, entre os quais se menciona: o consentimento, a gratuidade e o anonimato.

No que se refere ao consentimento, este é necessário levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em que a inviolabilidade do corpo é estritamente garantida, sendo certo que qualquer pessoa que tenha a intenção de dispor de seu próprio corpo deve consentir em fazê-lo. Ou seja, para que um sujeito se submeta às técnicas da reprodução assistida, seja ele o receptor ou o doador de material genético, é necessário que se autorize, de forma expressa e clara, isto é, deve haver sua concordância na realização de todos os procedimentos necessários para o prosseguimento da realização da técnica.

Nas palavras de Luísa Neto, citada por Ana Cláudia Scalquette:<sup>18</sup>

Quanto à legitimação e capacidade para consentir, deve entender-se que legitimado para consentir está normalmente só o titular do bem jurídico em questão, salvo se não tiver capacidade para tal.

Scalquette<sup>19</sup> ainda continua o raciocínio defendendo que “para o tema objeto de nosso estudo – reprodução assistida – reforçamos ser necessário o consentimento de todos os envolvidos, em regra, os futuros pais que buscam a concretização da procriação e, quando for

<sup>18</sup> NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo** (A relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 368 *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 173

<sup>19</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173

o caso, de terceiro envolvido”. Logo, em razão de haver múltiplos interesses envolvidos, deve estar na alçada a anuência de cada um que fizer parte do procedimento.

Ainda, a Resolução 2.168/2017 do CFM, em seu item I, art. 4<sup>20</sup> prevê que:

I – PRINCÍPIOS GERAIS [...] 4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Já no tocante à gratuidade, a Constituição Federal de 1988, por meio do seu artigo 199, §4º <sup>21</sup>, veda qualquer tipo de comercialização de bens que não possuam valor econômico, como, por exemplo, sêmens, tecidos, órgãos, entre outros, os quais só podem ser objetos de doação.

Neste mesmo sentido, o art. 1º, do item IV, da Resolução CFM 2.168/2007, dispõe que “1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”<sup>22</sup>

Tal vedação tem o intuito de evitar o comércio ilegal de substâncias humanas, devendo haver a doação de gametas para que haja a reprodução humana assistida heteróloga, de forma que a doação deve decorrer de um ato de altruísmo.

No que se refere ao anonimato, tema central do presente capítulo, sua previsão encontra-se especialmente no art. 2, do item IV, da Resolução 2.168/2017 do CFM, o qual dispõe que “2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa “ <sup>23</sup>

Neste contexto, tal resolução preceitua que deve ser mantido não só o anonimato do doador, mas também o sigilo do casal que busca as técnicas de reprodução assistida, de forma a resguardar o direito à intimidade das pessoas envolvidas, em consonância ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>21</sup> “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. Constituição Federal, 1988.

<sup>22</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>23</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 20 abr. 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

O sigilo das informações genéticas também encontra-se exposto na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Fundamentais <sup>25</sup>. Vejamos:

Artigo 7 Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação (...)

Artigo 9º Visando a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação, por razões consideradas imperativas no âmbito do direito internacional público e da legislação internacional sobre direitos humanos.

Resta evidente, portanto, que os dados genéticos humanos, os quais individualizam cada ser humano, constituem sua intimidade e desta forma são intangíveis, podendo apenas seu titular acessá-los ou autorizar o acesso, ao passo que as informações que integram seus dados são sigilosas, sendo vedada a publicidade.

A vedação à identificação do doador, por sua vez, tem o intuito de evitar uma futura investigação de paternidade ou até mesmo uma possível reivindicação de alimentos ou herança, uma vez que o doador, ao dispor de seu material genético de forma altruísta, não está em busca de nenhum vínculo com a criança que será concebida, bem como que não há regulamentação específica que delimite essa problemática.

Neste sentido, Juliane Fernandes <sup>26</sup> dispõe que “Se a doação de gametas existe apenas para atender aos interesses de casais que não podem procriar, nada mais lógico que tais interesses sejam amplamente resguardados”.

Assim, em linha com o entendimento dos que defendem a garantia do direito ao anonimato do doador anônimo, a possibilidade de investigação da identidade dos doadores traria o risco da diminuição de doação para a inseminação artificial, já que o doador poderia sentir-se constrangido em ter seus dados repassados a pessoas desconhecidas. Ainda, de acordo com o atual conceito de filiação, o qual está intrinsecamente ligado à socioafetividade e não mais à consanguinidade, tais defensores da manutenção do anonimato fundamentam sua posição alertando a possibilidade de abalar uma estrutura familiar com a revelação da identidade do doador (verdadeiro pai biológico), trazendo à tona a existência de dois pais para o fruto da reprodução assistida heteróloga.

Ora, não há razão para se colocar em discussão a existência de dois pais à criança. Isto

---

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>25</sup> UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por)> Acesso em 20 abr. 2019

<sup>26</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 90

porque o artigo 1.597, do Código Civil<sup>27</sup>, afasta completamente a ideia de que pai é quem forneceu o material genético. Vejamos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
 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. (grifo nosso).

Neste sentido, nota-se a intenção de se atribuir as obrigações e deveres como pais somente para aqueles que desejaram no seu íntimo a vontade de ter filhos. O ato altruísta do doador de material genético, portanto, não atribui a ele qualquer vínculo obrigacional em relação à criança concebida.

Assim, preleciona Luis Carlos<sup>28</sup>:

Os que são a favor do anonimato argumentam que, em tais casos, o conhecimento da identidade genética de uma pessoa lhe causaria prejuízos, com a geração de conflitos pessoais diante da existência de dois vínculos: o afetivo e o biológico. Ademais, a formação do indivíduo não se limita a sua origem genética, mas ao seu desenvolvimento afetivo, o qual deverá sempre prevalecer. Segundo Greuel (2009), o anonimato é uma imposição. A alegação de que a criança possui o direito ao conhecimento de sua origem genética evidencia a paternidade biológica, a qual é considerada um conceito ultrapassado no Direito que, atualmente, inicia a valorização, de forma gradativa, da paternidade afetiva.

E continua:<sup>29</sup>

[...] A revelação da identidade genética a pessoa só lhe gerará problemas, pois as pessoas que realizam a doação de gameta o fazem por altruísmo, com o intuito de colaborarem com as pessoas que possuem problemas de reprodução. Ademais, quem doa seu gameta está abdicando voluntariamente da sua paternidade jurídica, assim como fazem as pessoas que entregam os filhos para a adoção. Desta forma, conclui-se que não há nenhum vínculo de parentesco entre o doador do material genético e a pessoa gerada com a técnica realizada com o material doado. Nesses casos, a filiação socioafetiva, que vem gradativamente ganhando força no Direito, deve ser preservada, pois é ela que representa o verdadeiro vínculo familiar. A família se desenvolve e cria laços pela convivência e pelos sentimentos de afeto, amor e carinho trocados entre seus membros. O tratamento recebido pelo indivíduo na

<sup>27</sup> BRASIL. Lei 10.406/02. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018

<sup>28</sup> SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos Lima (org). **Bioética e Direito: Temas dos novos tempos**. [SI], Ideia, 2013, p. 185

<sup>29</sup> SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos Lima (org). **Bioética e Direito: Temas dos novos tempos**. [SI], Ideia, 2013, p. 186-187

família que o desejou é o que realmente fará com que ele se desenvolva de forma saudável.

Desta forma, resta evidente que a paternidade biológica não deve prevalecer sobre a verdade socioafetiva. Afinal a paternidade é muito mais do que a simples transmissão genética, é, sobretudo, o amor dedicado ao filho ao longo do tempo, ou seja, é a transmissão de valores, o cuidado, a atenção doada no dia a dia, e isso não pode ser imposto a uma pessoa que sequer desejou ter filhos. É por este motivo que o anonimato deve ser resguardado, de forma a respeitar a intimidade do doador, bem como sua escolha, não o submetendo a sentimentos que nunca foram desejados.

Neste mesmo sentido, dispõe Juliane Fernandes<sup>30</sup>:

Quando a paternidade socioafetiva já foi consolidada, como ocorre na inseminação heteróloga, a criança encontra-se com sua identidade familiar definida, não sendo viável e salutar uma troca de identidade para sua formação. O fato de se revelar à criança sua origem genética não acrescenta nada à sua filiação. Sua paternidade social, consolidada até mesmo antes de sua concepção, não pode ser confrontada com uma paternidade biológica, na qual o pai nem mesmo é pai

Ainda, continua citando Eduardo Leite<sup>31</sup>, nos seguintes termos:

Se o interesse maior a ser protegido é o da criança, então o anonimato se impõe de forma irrefutável. [...] O anonimato[...] é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribuiu na sua formação. Na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido 'direito' de conhecimento de sua origem.

Neste sentido, a manutenção do anonimato justifica-se diante das consequências que as divulgações das informações a respeito da origem genética podem gerar àquele que foi concebido. Ora, se no contexto da atual concepção de filiação a paternidade socioafetiva prepondera, a quebra do anonimato só serviria para trazer dúvidas àqueles frutos de reprodução assistida, bem como poderia gerar um empecilho à integração da criança na sua família. O não conhecimento da ascendência genética por parte da criança faz com que ela fique mais conectada a sua família afetiva, limitando-se ao estreitamento de laços afetivos, sem que a biologia possa interferir na sua vida de forma significativa.

O anonimato, além de facilitar a integração da criança à sua família, evita também

---

<sup>30</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126

<sup>31</sup> LEITE, Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, p. 339, *apud* Queiroz, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 126

qualquer intervenção de terceiros na sua formação, bem como impede que essa criança seja tratada de forma discriminatória na sociedade em razão da situação peculiar em que foi gerada, já que sua filiação será verdadeira em relação ao seu pai socioafetivo.

Nesta toada, no site do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP)<sup>32</sup>, é possível encontrar opiniões de alguns médicos no que se refere a possibilidade de quebra de sigilo da identidade do doador. Vejamos:

Em um primeiro momento, vejo mais desvantagens. Se pensarmos nos riscos e benefícios, pode trazer consequências de ordem jurídica como ações judiciais de pedidos de pensão ou heranças. Alegar o direito de saber quem é o pai biológico é um endeuamento da biologia; é valorizar o laço biológico, quando ele tem cada vez menos importância. Quem é o pai? O sujeito que cria com amor e carinho ou aquele que, por motivos que desconhecemos, resolveu doar um pouco de sêmen? A identificação dos doadores fará com que ninguém mais queira doar. (Marco Sagre ex-conselheiro do Cremesp).

Ao pensar no benefício que representa aos casais que querem ter filhos, acredito que o sigilo deve ser mantido, ou ninguém mais vai querer ser doador. A Resolução do CFM prevê que não se pode utilizar o sêmen do mesmo doador mais de duas vezes numa determinada área. A possibilidade de casamento de consanguíneos é remota e não é maior do que a entre parentes gerados por relação sexual. Quanto ao direito de a pessoa saber quem é seu pai biológico, a forma como se faz inseminação hoje no Brasil não impede que isso seja possível no futuro. O laboratório ou clínica têm de preservar, sob sigilo, a identidade do doador. Se algum dia um juiz solicitar essa identificação, o médico pode consultar o Conselho de Medicina se deve ou não abrir o seu sigilo médico. (Nilson Donadio ex-presidente da Comissão de Reprodução Assistida e responsável pelo procedimento que gerou o primeiro bebê de proveta do Brasil).

No entanto, importante ressaltar que o direito à intimidade não é absoluto. Isto porque a própria resolução do CFM de 2017, em seu art. 4, no item IV<sup>33</sup>, trata da relativização deste direito quando das informações protegidas depender a viabilidade da prevenção ou da cura de doenças genéticas. Vejamos:

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

Assim, no cenário nacional atual, o anonimato deverá ser absoluto em relação às partes envolvidas, quais sejam os receptores e doadores. No entanto, a cognição genética é permitida ao médico e em virtude de uma necessidade médica, o qual deverá ser mantido

<sup>32</sup> CREMESP. **Identificação dos doadores de sêmen: direitos em conflito**. Revista Ser Médico, São Paulo, edição 27, abr./maio/jun. 2004. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=133>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

<sup>33</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 20 abr. 2019.

sigilo em relação à identidade civil dos doadores e dos receptores.

Neste contexto, no entendimento dos defensores da manutenção do anonimato de forma a resguardar o direito à intimidade das partes, não há que se defender a quebra do sigilo entre doadores e receptores quando houver necessidade médica. Isto porque tal questão já está amparada por meio da resolução, a qual dispõe que o médico profissional que estiver cuidando da situação do ser concebido poderá solicitar as informações genéticas aos centros de reprodução assistida, não sendo necessário, portanto, quebrar o sigilo entre o doador e o receptor para tais fins.

Nas palavras de Luis Carlos:<sup>34</sup>

Ainda que se argumente a necessidade de quebra do anonimato em casos de saúde, destaca-se, neste ponto, que a Resolução do CFM brasileiro trata a matéria de forma bem pertinente, visto que não há a necessidade de revelar a identidade civil do doador ao concebido, pois, conforme a Resolução, os médicos envolvidos no processo de reprodução terão conhecimento da pessoa do doador e poderão tomar as medidas necessárias para salvaguardar a saúde do doador e do indivíduo advindo da técnica heteróloga, de modo que a identidade civil das pessoas envolvidas no processo permanece apenas entre os médicos, mantendo-se o anonimato.

Nesta toada, Luiz Fernando Pina de Carvalho, médico, em entrevista à Carta Forense<sup>35</sup>, defende sua posição contrária à revelação da identidade do doador anônimo fundamentando sua posição em um contexto jurídico, econômico e biopsíquico. Vejamos:

Na esfera jurídica, segundo a resolução do Conselho Federal de Medicina CFM - RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010 Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Paragrafo IV Item I - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Item II - 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. A atividade médica é regida e controlada pelo CFM. A infração ao que é postulado pelo Conselho Federal de medicina é grave e pode acarretar ao médico a cassação dos direitos de exercer a profissão.

Na esfera socioeconômica também contemplada na resolução do CFM de 2010 diz que a doação de gametas nunca terá caráter lucrativo ou comercial. Quando supostamente a identidade do doador é revelada após o tratamento de reprodução humana, ou seja deixa de ser anônima, pode-se criar um problema jurídico onde o nascido de um tratamento de reprodução humana através da ovodação ou espermodação poderá juridicamente pedir benefícios de seu pai genético de origem. Isso poderá acontecer mesmo assinando os documentos que o esperma ou óvulo foi

<sup>34</sup> SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos Lima (org). **Bioética e Direito: Temas dos novos tempos**. [SI], Ideia, 2013, p. 187

<sup>35</sup> CARVALHO, LUIZ FERNANDO PINA DE. **Conhecimento da identidade genética: posição contrária**. Carta Forense, São Paulo, 02 abr. 2015. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/conhecimento-da-identidade-genetica-posicao-contraria/15173>> Acesso em: 23 abr. 2019.

doado e não pertence mais ao seu doador. O resultado da revelação seria que o novo filho poderia solicitar seus direitos familiares.

Quando a revelação da identidade do doador for supostamente legal ela poderá ser feita antes do tratamento de reprodução assistida, podendo criar um mercado genético associando a escolha do seu doador. A formação biológica do novo ser humano por escolha das características fenotípicas, poderá ser tendenciosa criando um ambiente de escolhas de características físicas lembrando a eugenia visionária irreal de Hitler.

Não menos importante e ainda mais complexo é o impacto da revelação da origem genética na esfera biopsíquica. Tecnicamente a formação de um ser humano com direitos e deveres não é simplesmente metade de uma carga genética. O indivíduo é formado por influências e microambientes. Uma das maiores descobertas da ciência atual é a epigenética que postula que a expressão gênica do embrião e futuro ser humano é coordenada pelo ambiente intrauterino e durante os primeiros anos de vida.

A vivência clínica mostra que, tanto a receptora não quer expor seu futuro filho aos problemas clínicos e jurídicos causados pela revelação, quanto o(a) doador(a) que aceitou doar sua carga genética para constituir família não quer saber o resultado de sua doação.

Sou a favor de transmitir qualquer informação médica relevante que coloquem em risco a futura prole do receptor, tais como a presença de doenças genéticas na família doadora. Porém sou contra a revelação da origem dos gametas em tratamento de fertilização com o uso de doadores. Fere um dos princípios pétreos da medicina: o do sigilo médico.

Assim, resta evidente que, conforme explicitado pelo médico Luiz Fernando Carvalho, a quebra do sigilo do doador acarretaria em inúmeros prejuízos.

Portanto, nota-se que, em razão da inexistência de uma legislação específica que trate da reprodução humana assistida heteróloga, mostra-se necessário reforçar a ideia de que tal técnica seja utilizada de forma a preservar a identidade do doador, já que este não encontra respaldo no ordenamento jurídico no que se refere ao seu patrimônio, direito sucessório, bem como em relação à inviolabilidade de sua privacidade, já que muitos doadores inclusive nem informam às suas famílias que são doadores de gametas. A revelação da identidade civil às partes envolvidas na reprodução assistida não se mostra viável atualmente, vez que mais traria malefícios que benefícios, se considerado o sistema nacional atual.

Desta forma, evidencia-se que por essa linha de entendimento, o anonimato dos doadores deve ser mantido em sigilo de forma a preservar o direito à intimidade da pessoa humana, podendo tal direito ser relativizado quando houver motivação médica, nos termos da resolução da CFM.

#### **4.2 Direito ao reconhecimento da origem genética**

Por outro lado, evidencia-se o direito à identidade genética, que nada mais é que uma garantia, dada ao ser concebido, de ter reconhecida sua origem biológica, bem como seu patrimônio genético. Ou seja, trata-se da garantia de ter os seus ascendentes identificados.

Tal prerrogativa é advinda do direito de personalidade, inerente a todo e qualquer ser humano, e, portanto, constitui-se como direito fundamental. Isto porque o rol de garantias fundamentais constantes na Constituição Federal não é taxativo, e assim, com base no direito à dignidade da pessoa humana, o qual se encontra fundamentado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o direito à origem genética é elevado ao *status* de direito fundamental.

Para a parcela dos doutrinadores que defendem a relativização do sigilo do doador quando há conflito com o direito do concebido em ter sua ancestralidade genética reconhecida, isto se faz necessário para garantir o direito à vida, à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade do ser concebido.

Madaleno, citado por Ana Cláudia Scalquette<sup>36</sup>, assim dispõe acerca do direito à origem genética:

A origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subsequentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é o seu pai ou pai do seu pai.

Ainda, Scalquette continua citando Reinaldo Pereira e Silva:<sup>37</sup>

Nessa disciplina jurídica é importante ter claro que o conhecimento da ascendência biológica é um verdadeiro direito, não é um dever. Em outras palavras, ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos têm o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida).

Desta forma, entende-se que o direito à identidade está focalizado em uma acepção individual, que compreende uma identidade única de cada pessoa, sendo de suma importância para a formação do ser humano, vez que proporciona a compreensão de muitos aspectos da vida, como, por exemplo, a descoberta de traços, de semelhanças, de bagagem genético-cultural e auxilia na construção da própria personalidade do ser humano de forma a contribuir para o processo de dignificação.

Nesta toada, defende-se que toda pessoa tem o direito de investigar sua origem genética como parte integrante de seus direitos de cidadania e de dignidade da pessoa

---

<sup>36</sup> MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138 *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 228

<sup>37</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 61 *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 231

humana, sendo a prerrogativa de buscar a verdade biológica um direito de qualquer cidadão, independente da forma em que foi concebido.

A parcela dos que defendem a priorização do direito à identidade genética aduzem que, dentre outras consequências, embora os laboratórios aleguem que procuram ceder os materiais para diversas regiões, a manutenção do sigilo do doador pode vir a ocasionar possíveis relações incestuosas entre irmãos ou, até mesmo, entre doador e concebido, sendo que em relação à tal ponto poderia aplicar-se analogicamente a norma prevista no Código Civil. Tal situação poderia ser prejudicial não apenas pela impossibilidade de união civil, mas também, o conhecimento da origem genética poderia auxiliar enquanto forma de investigação para prevenção de doenças, já que se sabe que os filhos advindos de casais com certo grau de parentesco podem nascer com problemas genéticos.

Nesta linha, Scalquette<sup>38</sup> afirma que “[...] ao utilizarmos o material de um mesmo doador em casais diferentes, ainda que haja limitação por área e quantidade de habitantes, poderemos ter irmãos sem saber que são irmãos em uma área nada distante”.

Ademais, entende-se o direito ao conhecimento da origem genética como decorrente do disposto no art. 227, § 6º, da CF de 1988<sup>39</sup>, o qual assegura que todos os filhos, independentemente de sua origem, terão direitos iguais, sendo plenamente vedado qualquer tipo de discriminação. Neste sentido, questiona-se, em um exercício de analogia, se o concebido mediante as técnicas de reprodução assistida não deveria ter o mesmo direito daquele que é advindo de relações sexuais e, neste sentido, equiparar a prole concebida através da reprodução heteróloga com o filho adotivo aplicando a ambos o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que se refere ao direito ao conhecimento da origem genética.

Nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:<sup>40</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n 8069/1990), em seu artigo 48, trata da possibilidade de o adotado 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 anos. Ora, se a permissão existe para o adotado, por

<sup>38</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80

<sup>39</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988**

<sup>40</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; e NAVES, Bruno de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 154

que não existiria para a pessoa nascida em razão de doação de gametas, pela técnica de reprodução humana assistida?

O artigo 27, do ECA, dispõe que “o direito ao reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível”, devendo ser exercido sem qualquer restrição. De forma mais específica, o artigo 48, do mesmo estatuto, preleciona que o adotado pode conhecer a sua origem genética após completar dezoito anos e, se for menor de idade, deve ser assegurada orientação e assistência psicológica e jurídica<sup>41</sup>. Vejamos:

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.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Neste sentido, dispõe Scalquette<sup>42</sup> acerca da aplicação do ECA também aos concebidos mediante a reprodução heteróloga:

O regramento para o fornecimento de informações utilizado no instituto da adoção, a nosso ver, pode ser usado de parâmetro na busca de uma solução aceitável.

No art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – há a previsão de não fornecimento de certidão da sentença judicial que constituir a adoção, reforçando-se a ideia do sigilo no parágrafo quarto do mesmo artigo, que prevê que “nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro”. Contudo o mesmo estatuto prevê o direito do adotado de conhecer sua origem biológica, após completar dezoito anos (art. 48, com a nova redação determinada pela Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009)

Ora, se a quebra do sigilo em caso de adoção é garantida ao adotado para salvaguarda de direitos, por que não se permitir a quebra do sigilo para identificar o doador do material genético utilizado quando o direito do respectivo filho estiver sendo ameaçado?

Nesta toada, entende-se que o ECA, ao conceder a permissão ao adotado de conhecimento da sua origem genética, garante o seu direito à historicidade, e, portanto, o mesmo tratamento deveria se dar aos concebidos mediante reprodução heteróloga, vez que tratam-se de situações muito similares.

Desta forma, alega-se que, levando em consideração a igualdade jurídica entre os filhos, independentemente da forma como foi concebido, ou da filiação ser decorrente de um vínculo biológico ou socioafetivo, o direito ao conhecimento da origem é uma garantia fundamental e não pode ser negada, vez que é imprescindível para o desenvolvimento

<sup>41</sup> BRASIL. Lei nº 8.060/90. **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 20 abr. 2019.

<sup>42</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229

sociocultural da criança.

Ademais, afirmam que sendo o direito à personalidade uma garantia personalíssima, não poderia o contrato de doação de material genético dispor acerca de um direito que pertença somente ao ser concebido, devendo a ele decidir se deseja ou não conhecer sua ancestralidade, independente da cláusula que garante o anonimato do doador do material genético.

Assim, é o entendimento que defende o direito ao conhecimento da origem genética com base no direito de personalidade, tanto em relação à preservação da vida e saúde, quanto em relação ao próprio direito à identidade genética, a fim de conhecer sua personalidade.

Neste sentido, Scalquette<sup>43</sup> preleciona que:

[...] Não só quando a saúde e vida estão ameaçadas podemos encontrar motivação para que a informação da ascendência biológica seja prestada; a questão da higidez psicológica vai além, passa pela prevenção de problemas que podem vir a se desenvolver no futuro e que podem determinar o comportamento da pessoa durante toda a sua vida.

De toda forma, para prosseguir na linha dessa analogia, é entendido que assim como ocorre no instituto da adoção, a constituição do vínculo socioafetivo deve ser irrevogável, não havendo restabelecimento do vínculo familiar com os doadores de material genético. É o que dispõe Scalquette:<sup>44</sup>

[...] Em relação aos seus efeitos, não terá ela o condão de atribuir ou garantir direitos patrimoniais ou pessoais entre doador (a) e a pessoa concebida com seu sêmen ou óvulo, sob pena de admitirmos que pai ou mãe são ou podem ser aqueles que doaram seu material genético de forma altruísta para auxiliar em procedimento reprodutivo.

E continua, citando Maricruz de La torre:<sup>45</sup>

Neste sentido, Maricruz de La Torre conclui que, embora seja estabelecida a possibilidade do filho de conhecer suas origens biológicas, se desejar, deve o doador ser liberado de toda a obrigação jurídica acerca da pessoa nascida como consequência de sua doação.

Nestes termos, assegura-se que o conhecimento da origem genética não importaria numa desconstituição da filiação socioafetiva, vez que não se teria o objetivo de atribuir a

<sup>43</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230

<sup>44</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232

<sup>45</sup> VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre: *La fecundacion in vitro y la filiacion*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 102 *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232

paternidade/maternidade ao doador do material genético, mas, tão somente, de conhecer sua ascendência biológica, garantida pelo princípio da dignidade humana.

Assim, defende Scalquette<sup>46</sup> e o direito à ancestralidade do concebido, quando em conflito com o direito à manutenção da intimidade do doador genético:

Se de um lado o direito ao sigilo é garantido ao doador, com base no direito à intimidade e à sua dignidade, de outro o filho gerado com material doado tem igual direito de não viver à sombra de um pensamento de dúvida sobre quem seria aquele que lhe permitiu o nascimento. É também o mesmo fundamento da garantia de respeito à sua dignidade que impulsiona a busca por essa informação

E continua:<sup>47</sup>

[...] O direito do doador à sua intimidade ou o direito dos pais de não ter a interferência de um terceiro na relação com o filho não podem justificar o anonimato do doador. Ao existir uma colisão de direitos entre os direitos do filho e os do doador ou do casal receptor, deve prevalecer o direito do filho, não só por ser a parte mais frágil da relação, mas sim porque seus direitos são de hierarquia constitucional e fundamentais para o desenvolvimento da criança.

Portanto, a questão posta está no sentido de defender a prevalência do direito ao conhecimento da origem genética enquanto componente dos direitos inerentes à pessoa humana. A busca da ancestralidade é entendida, portanto, como forma de exercício e de prerrogativa de direito de todo e qualquer indivíduo, sobretudo no que tange àqueles gerados através da utilização das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

## **5 DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA ANÁLISE DO CASO CONCRETO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO EMBATE**

Com base em todo o exposto, é notável que, atualmente, no contexto da reprodução humana assistida heteróloga, há uma grande antinomia constitucional com relação a dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito de personalidade (identidade genética) da pessoa concebida, em contraposição ao direito à intimidade (direito ao anonimato do doador). O assunto torna-se ainda mais questionado por inexistir, no contexto atual brasileiro, legislação específica que trate sobre o assunto.

Estando ambas as teses fundamentadas com base na Constituição Federal, na qual não

<sup>46</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228

<sup>47</sup> VARGAS, Maricruz Gomes de La Torre: *La fecundacion in vitro y la filiacion*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 102 *apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231-232

há critério de hierarquia entre princípios e normas, é defensável a utilização da técnica da ponderação para dirimir conflitos quando do embate entre direitos fundamentais. Vejamos:

Atualmente, tornou-se dominante no Brasil o entendimento de que a técnica da ponderação de interesses é a mais adequada para a resolução de antinomias constitucionais. Tal técnica consiste em um método de resolução de conflitos que passa por três análises: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, buscando as soluções que impliquem o menor sacrifício possível para os interesses em questão e conferindo aplicação a uma das normas principiológicas em conflito, relativizando (e não eliminando), assim, a aplicação da (s) outra (s) no caso concreto<sup>48</sup>

Assim, a ponderação surge como um meio de tentativa de solucionar o embate, dependente, outrossim, de uma análise minuciosa de cada caso concreto, dirimindo o conflito com base nos critérios de adequação, de necessidade e de proporcionalidade, na tentativa de se encontrar uma decisão mais equilibrada e justa aos envolvidos na relação.

Os critérios de adequação, de necessidade e de proporcionalidade são assim definidos:

Adequação. O ato sob consideração deve ser capaz de produzir os efeitos desejados. Ou seja, tal ato deve servir como meio capaz de promover, ou ao menos estimular, a realização do fim a que se propõe. Dessa maneira, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do fim pretendido<sup>49</sup>

E continua:

Necessidade ou exigibilidade. O ato estatal ao limitar os direitos fundamentais dos cidadãos, deve restringi-los apenas ao estritamente necessário para atender o fim pretendido. Assim, o Estado deve demonstrar que não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão para atingir tal fim.<sup>50</sup>

E por fim,

Proporcionalidade em sentido estrito. Consiste em breves palavras, num juízo (ponderativo) de custo x benefício relacionado aos respectivos graus de promoção e restrição dos princípios concretamente imbricados. As desvantagens (ônus) decorrentes da restrição de um ato devem ser inferiores às vantagens (bônus)

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 2. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 97 e segs apud FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. V 1, p. 40

<sup>49</sup> DA SILVA, Luis Vergílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 24 apud FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. V 1, p. 45

<sup>50</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264 apud FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. V 1, p. 46

decorrentes da promoção do outro, devendo ser sopesados sempre os benefícios e prejuízos dele decorrentes<sup>51</sup>.

Desta forma, no contexto da reprodução assistida heteróloga, para conseguirmos definir qual interesse deve prevalecer, se o do doador ou o do ser gerado, é necessário analisar cada situação de conflito.

Foi verificado até o presente momento, ao longo deste estudo, que os principais motivos que ensejam uma investigação da ascendência genética por parte do ser gerado são relacionados à intenção de evitar impedimentos matrimoniais, ao aspecto psicológico relacionado à curiosidade do indivíduo sobre aquele que doou material genético para que o mesmo fosse gerado, bem como a um caráter médico, relacionado à preservação da saúde e da vida do ser concebido. Ressalta-se que o presente trabalho não exauriu todas as possibilidades de conflito existentes nesta seara, sendo certo que se analisarão alguns dos casos de possíveis conflitos a seguir.

Em relação à quebra do anonimato para fins médicos, o ponto pode ser analisado em duas esferas: a primeira, quando o ser concebido visa o conhecimento da sua ascendência com o fim de evitar o surgimento de doenças genéticas; e a segunda quando o objetivo for tratá-las.

Na primeira hipótese, apesar do meio (quebra do sigilo) ser adequado ao fim (proteção do direito à vida), ele não se mostra necessário já que existem outros meios que promovam igualmente o fim almejado. Exemplo disso é o art. 4º, da Resolução do CFM 2.168/2017, o qual prevê que “[...] Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)”.

Desta forma, pode o médico ter acesso às informações dos doadores para a finalidade de resguardar o bem maior, isto é, a vida do ser concebido. O direito ao anonimato, de forma contrária a que muitos autores alegam, não se mostra como uma violação ao direito a vida, haja vista que o anonimato assegura ao doador a sua não identificação, mas não impede que a equipe médica acesse seus dados a fim de buscar o histórico médico de doenças. Assim, o problema pode ser solucionado através da equipe médica, sem a necessidade de invasão na esfera privada do doador.

Na segunda hipótese, qual seja o tratamento de doenças genéticas, mais uma vez o meio não se mostra necessário já que é assegurado, pela Resolução do CFM, o acesso pela

---

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto Bergamann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97 apud FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. V 1, p. 46

equipe médica de dados do doador, em casos que envolvam a saúde do indivíduo. Desta forma, em uma situação em que o indivíduo esteja correndo risco de vida, a equipe médica poderia, acessando os dados do doador, procurá-lo para, consentindo, submeter-se a tratamento médico.

De toda forma, ressalta-se que na análise do caso concreto, cabe a relativização do anonimato do doador nos casos que envolvam a defesa pela saúde do ser concebido, isto porque a intimidade de uma pessoa não é tão importante quanto o direito à vida de alguém, devendo este último sempre ser preservado.

Ainda, ressalta-se que em relação à quebra do sigilo do doador para se verificar possíveis impedimentos matrimoniais, o meio não se mostra estritamente necessário, já que existem outras formas de se solucionar o problema quando houver suspeita de que possa haver impedimentos matrimoniais, como por exemplo a realização de exames entre os parceiros de forma a verificar se há alguma compatibilização genética entre eles. Portanto, deve-se analisar cautelosamente o caso em concreto, não sendo simplesmente a quebra do sigilo a resposta para tal fator.

Quanto à restrição do anonimato do doador com o fim do ser concebido ter reconhecida sua ascendência genética por pura curiosidade, é verificável que o meio eleito (quebra do sigilo do doador) para o fim necessário (conhecer o indivíduo que deu origem ao seu nascimento) mostra-se adequado. Além disso, a medida mostra-se necessária vez que não restam outras alternativas à criança que tem interesse em conhecer sua origem genética senão a quebra do sigilo do doador. No entanto, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, é perceptível que o meio (quebra do sigilo do doador) é desproporcional, já que a importância da realização do fim não supera o desvalor do direito fundamental que está sendo restringido.

Afinal, apesar do direito de personalidade do ser concebido, as vantagens trazidas a ele (autoconhecimento, por exemplo) parecem muito desproporcionais às desvantagens causadas ao doador que terá sua identidade revelada, sem sua autorização, o que poderá gerar diversos problemas na sua vida particular.

Uma das desvantagens que se encontra é que a doação é realizada por um ato altruísta do doador, a fim de ajudar aqueles que sofrem de infertilidade ou esterilidade a conseguirem formar uma família. Ao permitir a quebra do anonimato, tal conduta inviabilizaria o prosseguimento da técnica de reprodução heteróloga, já que certamente não haveriam doações de material genético para essa finalidade, tendo em vista a insegurança do doador em um momento posterior sofrer uma investigação promovida pelo ser concebido.

Além disso, no ato da adoção é assinado um contrato que garante o anonimato das

partes (elemento, inclusive, essencial ao contrato de doação). Evidente que o doador, no ato da doação, não tinha pretensão nenhuma de ser pai. Assim, ao proceder-se com a reprodução heteróloga as partes tinham total ciência de que as identidades civis envolvidas estariam plenamente reservadas, o que se estenderia a criança concebida, que apesar de não ter participado do contrato, deveria suportar os efeitos do acordo pactuado que permitiu a sua geração. Neste contexto, não parece justo que, após a celebração do contrato, o doador seja surpreendido com a invasão de sua vida pessoal pelo ser concebido, pois tal conduta poderia acarretar graves prejuízos na vida intimida do doador.

Por fim, a revelação da identidade civil do doador poderia causar uma instabilidade na atual família do ser concebido. Ora, com base no atual conceito de filiação existente, qual seja, o socioafetivo, não há que se falar em trazer à tona uma segunda paternidade à criança. Tal conduta poderia ocasionar sentimentos conflituosos entre a criança e a sua família afetiva, bem como gerar confusões em sua própria personalidade. Assim, mostra-se desproporcional o meio para se atingir o fim.

Desta forma, diante da ausência de legislação específica sobre o assunto, mostra-se necessário que se analise caso a caso aplicando a técnica da ponderação de interesses, de forma que levando em consideração as especificidades da situação jurídica, um direito fundamental prevalecerá em relação ao outro, atentando-se, no entanto, para a necessidade de não haver violação de nenhuma das garantias em questão. Assim, imperioso verificar-se as vantagens e desvantagens de cada direito, realizando uma análise dos danos causados em contrapartida com os resultados que serão obtidos.

## **6 CONCLUSÃO**

Com base no exposto, restou evidenciado que as grandes mudanças ocorridas no âmbito familiar ao longo do tempo refletiram, indiscutivelmente, nas relações de parentesco.

Assim, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, alterou-se o cenário jurídico no que se refere à filiação em decorrência da consagração do princípio da equiparação dos filhos. Juntamente com tal cenário, operou-se a desbiologização da parentalidade, passando a preponderar o vínculo socioafetivo nas relações familiares.

No que se refere às técnicas de reprodução humana, evidenciou-se que estas trouxeram um relevante avanço científico, permitindo que casais estéreis/inférteis pudessem realizar o desejo de ter filhos.

No entanto, observou-se que a filiação decorrente da inseminação artificial heteróloga

pode configurar um conflito de interesses entre o direito ao anonimato do doador do material genético e o direito do ser concebido à sua identidade biológica.

Neste contexto, constatou-se pelo presente artigo, a existência de um grande embate no cenário jurídico acerca do referido conflito em que se verifica a colisão de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, sendo de fácil verificação que tal diversidade de posicionamentos decorra da ausência normativa a respeito da matéria.

Assim, mostra-se extremamente necessária a criação de leis que regulamentem de maneira detalhada todos os direitos e deveres que envolvem não só a inseminação heteróloga, mas todas as técnicas de reprodução humana existentes no contexto atual. Dessa forma, dúvidas como a que deu origem ao presente trabalho não existiriam ou seriam, ao menos, minimizadas.

Diante do contexto atual vivido e da falta de regramento, entende-se que, para saber qual direito deverá prevalecer, se o do anonimato do terceiro doador ou o do ser concebido de saber sua identidade genética, deve-se verificar o caso concreto aplicando a técnica da ponderação de interesses.

Nesta toada, nota-se que não parece concebível atribuir a qualquer direito fundamental o caráter de absoluto, isto porque em toda e qualquer situação em que possam entrar em choque dois ou mais direitos fundamentais algum ou alguns deles deverão ceder, para que outro se sobreponha.

No que se refere à colisão de direitos fundamentais, restou evidenciado que existem diversas formas de se tutelar a dignidade da pessoa humana, e nem sempre a forma de se efetivar tal direito fundamental é por via da permissão, ao ser concebido através da reprodução heteróloga, do conhecimento do doador anônimo que lhe viabilizou o nascimento.

Assim, em um panorama geral, a presente pesquisa considerou, como regra, o direito ao anonimato do doador, por questões éticas e observando toda a dinâmica que ensejou o surgimento dos procedimentos de reprodução assistida e que permitem a manutenção da utilização dos mesmos. No entanto, quando houver ameaça à saúde e vida do indivíduo, deve-se analisar cautelosamente a situação de forma a se resguardar o direito maior da relação, qual seja, o direito à vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### FONTES PRIMÁRIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.263/1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em 20 abr. 2019.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por)>. Acesso em 20 abr. 2019

### FONTES SECUNDÁRIAS

CARVALHO, LUIZ FERNANDO PINA DE. **Conhecimento da identidade genética: posição contrária**. Carta Forense, São Paulo, 02 abr. 2015. <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/conhecimento-da-identidade-genetica-posicao-contraria/15173>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CREMESP. **Identificação dos doadores de sêmen: direitos em conflito**. Revista Ser Médico, São Paulo, edição 27, abr./maio/jun. 2004. Disponível em: <<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=133>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. 1 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 12 ed. São

Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; e NAVES, Bruno de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos Lima (org). **Bioética e Direito: Temas dos novos tempos**. [SI], Ideia, 2013.