
A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: REFLEXOS NO DIREITO À FILIAÇÃO

The Artificial Insemination With The Material Of An Anonimate Donor in the Civil Code Of 2002: Consequences in the Filiation Right

Luiz Carlos Falconi*
Vitor Junqueira Vaz**

RESUMO: O Código Civil de 2002 introduziu no direito brasileiro o tema da reprodução humana assistida. Todavia, surgiu a dúvida sobre quem seria o pai nas principais formas de reprodução assistida, especialmente na inseminação artificial heteróloga. O presente trabalho objetiva estudar a inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002 e as conseqüências no direito à filiação, utilizando-se do vínculo afetivo para o estabelecimento da filiação. Ademais, faz-se necessário o estudo dos princípios da filiação, do seu conceito, bem como da regulamentação da inseminação artificial heteróloga em diversos países. Com a nova lei civil, surgiram várias perguntas sobre a paternidade na inseminação artificial heteróloga: quem é o pai nesta técnica? O direito ao anonimato do doador deve ser mantido?

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação; artificial; paternidade; filiação e reprodução.

ABSTRACT: The Civil Code of 2002 introduced in the Brazilian law the subject of the attended human reproduction. However, appears the problem about the paternity in the main forms of attended reproduction, especially in the artificial insemination with the material of an anonimate donor. The present article has the goal to study the artificial insemination with the material of an anonimate donor in the Civil Code of 2002 and the consequences in the filiation right, using the affective entail to establish the filiation. Therefore, it is important to study the filiation principles, the concept of filiation, as well as the regulation of the artificial insemination with the material of an anonimate donor in different countries. With the new civil law, appeared some questions about the paternity in the artificial insemination with the material of an anonimate donor: Who is the father on this technique? The right of anonymity of the donor must be maintained?

KEY WORDS: Insemination, artificial, paternity, filiation and reproduction

1 INTRODUÇÃO

O desejo de procriar sempre foi algo buscado pelo ser humano como uma forma de perpetuação da espécie e continuação da família. Todavia, nem todas as pessoas apresentam a aptidão natural para gerar filhos. Assim, a medicina, por meio das denominadas técnicas de reprodução humana assistida, procurou solucionar os problemas decorrentes da infertilidade.

Dentre as diversas formas de procriar com a utilização de métodos diversos da conjunção carnal, a inseminação artificial consiste na técnica utilizada para inocular artificialmente o sêmen do homem no óvulo da mulher.

A inseminação artificial se subdivide em: homóloga (quando o sêmen provém do próprio marido) e heteróloga (quando o material fecundante é de terceiro doador). Esta última técnica é a que traz maiores problemas para o Direito, eis que o material inoculado na mulher é de pessoa estranha à relação conjugal, sendo mister discipliná-la.

*Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás e da Universidade Católica de Goiás. Mestre em Direito e Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás. Endereço eletrônico: lcfalconi@uol.com.br

**Advogado, Especializando em Direito Internacional Público pela Universidade Federal de Goiás. Endereço eletrônico: vitorjvaz@hotmail.com.

Nesta senda, o Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, dispôs em seu artigo 1.597, inciso V, que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Apesar de o atual Estatuto Civil trazer à tona a existência da problemática concernente à inseminação artificial heteróloga, não regulamentou a mencionada técnica de reprodução assistida, mas apenas buscou solucionar o aspecto da presunção da filiação dentro da relação matrimonial.

Ademais, no tocante especificamente à paternidade na constância do casamento, o diploma civil vigente não resolveu de forma satisfatória os reflexos que esta técnica trouxe ao direito à filiação.

Desta forma, o presente artigo limita-se a analisar esta problemática trazida pelo Novo Código Civil, uma vez que o dispositivo supracitado trouxe diversas dúvidas, tais como: quais as conseqüências do consentimento fornecido pelo esposo para a realização da inseminação artificial heteróloga? Será que o marido poderia revogar o consentimento prestado? O filho havido por este tipo de técnica de reprodução humana assistida tem o direito de conhecer a identidade do doador?

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, fácil é perceber a necessidade de se estudar o artigo 1.597, inciso V, do referido diploma, o qual introduziu o tema da inseminação artificial heteróloga no direito brasileiro. Nesta perspectiva, é necessário analisar os reflexos que este novo dispositivo legal trouxe ao direito à filiação na constância do matrimônio, do conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva, tendo sempre em vista o melhor interesse da criança para o estabelecimento da filiação.

O presente tema é atual e de grande relevância, pois certamente os tribunais brasileiros irão enfrentá-lo, constituindo um grande desafio para o Direito solucioná-lo. O jurista não pode quedar-se inerte ante essa nova realidade, sendo impossível fugir desta temática tão delicada e polêmica.

O trabalho científico tem o propósito geral de analisar a inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002 e seus reflexos no direito à filiação, bem como tem como objetivos específicos: identificar as conseqüências do consentimento prestado pelo marido para realização da inseminação artificial heteróloga; descobrir se o consentimento fornecido pelo marido é revogável; verificar se o filho havido por este tipo de reprodução humana assistida tem o direito de conhecer a identidade do doador.

Para se estudar um objeto de forma científica é mister a utilização de métodos. Deste modo, para o desenvolvimento do presente trabalho é imprescindível conhecer os princípios constitucionais do direito à filiação (geral) antes de adentrar especificamente nas regras da inseminação artificial heteróloga (particular), ou seja, deve-se utilizar o método dedutivo.

O método comparativo é utilizado como método auxiliar, pois, devido à atualidade do tema, é preciso comparar a experiência jurídica nacional em relação às novas técnicas de reprodução humana assistida com a estrangeira. Assim, torna-se possível uma melhor compreensão do objeto pesquisado.

O referencial teórico adotado no presente trabalho é o de *filiação sócioafetiva*. Segundo este referencial, a filiação vai além do vínculo sanguíneo, da verdade biológica, pautando-se no afeto, carinho e amor. Dentre os juristas que defendem a filiação sócioafetiva, destaca-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

Na inseminação artificial heteróloga a filiação não pode se basear no vínculo biológico, mas no vínculo socioafetivo, pois este atende mais o interesse da criança e o princípio da paternidade responsável. Hoje, ser pai não significa apenas gerar o filho, mas criá-lo, ampará-lo e educá-lo, ou seja, a filiação deve ser estabelecida com aquele que realmente exerce a função de pai.

É com base nesses contornos iniciais que se adentra no estudo da inseminação artificial heteróloga no Código Civil de 2002.

2 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O atual Código Civil, em seu artigo 1.596, repete, literalmente, a norma do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que determina a igualdade de direitos e qualificações dos filhos, independentemente de sua origem (AGUIAR, 2005, p. 14).

Em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade, o Código Civil de 2002 (artigo 1597) estabelece regras sobre presunções de paternidade, determinando que se presumam matrimoniais os filhos concebidos na constância do casamento. Vale destacar que esta presunção é relativa ou *juris tantum*, pois se admite prova em contrário (DINIZ, 2005, p. 430-431).

Desta forma, o mencionado diploma civil, no artigo 1.597 e incisos, estabelece a presunção de que foram concebidos na constância do casamento: a) os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; b) os filhos nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; c) os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; d) os filhos, havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e d) os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

É relevante salientar que o dispositivo supramencionado, o qual se refere expressamente às técnicas de reprodução assistida, é fruto de emenda apresentada no Senado Federal, uma vez que, no projeto de lei do Código Civil apresentado em 1975 ao então presidente da República Ernesto Geisel, não estavam previstas as três últimas hipóteses de presunção de filiação que tratam sobre o tema da reprodução humana assistida (GAMA, 2003, p. 942-943).

Apesar do Estatuto Civil Brasileiro de 2002 se referir ao tema da reprodução humana assistida, verifica-se que o estatuto civil hodierno não as regulou, mas, apenas procurou estabelecer que, quando estas técnicas são utilizadas na constância do casamento, presume-se que a criança nascida é filha do casal unido pelo vínculo matrimonial.

Por fim, constata-se que a omissão normativa da lei civil mencionada a respeito de vários aspectos civis relevantes das técnicas de reprodução humana assistida foi proposital, pois o tema é extremamente atual e dinâmico, sendo de difícil regulamentação. É certo que vários sistemas jurídicos alienígenas já formalizaram expressamente algumas regras jurídicas a respeito do tema, mas, mesmo assim, ele é tratado de forma lacunosa nos países estrangeiros, inclusive naqueles de tradição anglo-saxã. Assim, para se entender melhor as questões polêmicas referentes ao tema trazidas pelo diploma de 2002, principalmente no que se refere à inseminação artificial heteróloga, é mister antes conhecer os princípios

constitucionais do direito à filiação, bem como tecer algumas breves considerações sobre o tema no Direito Estrangeiro.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À FILIAÇÃO

3.1 Princípio da Igualdade entre os Filhos

A Constituição Federal de 1988 encerrou o período de exclusão e tratamento diferenciado aos filhos, quer tenham sido concebidos na relação matrimonial ou não (AGUIAR, 2005, p. 12). O texto constitucional acolheu expressamente o princípio da isonomia entre os filhos em seu artigo 227, § 6º:

[...]

§ 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.

Desse modo, tornou-se totalmente irrelevante saber a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo sanguíneo ou não. As designações discriminatórias relativas à filiação, utilizadas no período anterior a Constituição Federal de 1988, tais como *adulterino*, *espúrio*, *incestuoso*, *ilegítimo*, ficaram expressamente vedadas.

Portanto, uma vez estabelecido o vínculo jurídico entre pais e filhos (filiação), todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe terão os mesmos direitos, sendo inconstitucional qualquer norma infraconstitucional que vise a estabelecer alguma diferenciação. Essa modificação constitucional é reflexo da força que os casais não unidos pelo matrimônio conseguiram após o advento da nova ordem constitucional, pois o Poder Constituinte Originário reconheceu que a família pode ou não decorrer do casamento, ou seja, são várias as fontes da família. Ademais, verifica-se que o direito à filiação é um direito personalíssimo, que independe das circunstâncias jurídicas e morais que envolvem as relações dos pais.

3.2 Princípio da Paternidade Responsável

Dispõe o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 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 (Destacou-se).

Primeiramente, calha destacar que o termo *paternidade responsável* não significa que a maternidade possa ser irresponsável, mas que o Constituinte quis ressaltar a necessidade da figura paterna responsável no direito à filiação, uma vez que normalmente é o homem que não assume qualquer responsabilidade na criação do filho, o que gera,

conseqüentemente, o grande número de famílias monoparentais formadas somente pelas mães. Assim, é claro que o princípio deve ser aplicado para ambos os pais, principalmente em face da igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal).

A paternidade responsável é o princípio, segundo o qual, os pais assumem, no exercício de seus direitos reprodutivos, mediante conjunção carnal ou com recurso a alguma técnica reprodutiva, deveres e responsabilidades perante o filho. Assim, nota-se que o desejo de procriar não gera apenas benefícios aos pais, mas impõe a assunção de responsabilidades relacionadas ao filho, a partir da concepção deste (GAMA, 2003, p.454).

O mencionado princípio ressalta que a paternidade não pode ser vista apenas sob o prisma biológico, mas, fundamentalmente, sob o prisma amoroso, responsável e afetivo. Este princípio não se limita somente à idéia de procriação, ao momento adequado para gerar o filho, mas, principalmente, a idéia dos deveres que os pais são obrigados a cumprir para garantir a infância, adolescência e até mesmo a fase adulta do filho, ou seja, que o fundamental é criá-lo e não só concebê-lo.

Para que haja uma maior efetividade do princípio da paternidade responsável, é mister a atuação estatal no sentido de fornecer informações aos casais sobre recursos e técnicas de planejamento familiar para evitar que o filho seja algo indesejável, para que a criança seja, na verdade, fruto de uma decisão livre e consciente do casal. Porém, de acordo com o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, o Estado e instituições privadas não podem atuar de forma coercitiva no planejamento familiar, impondo, por exemplo, limites de filhos aos casais.

Por fim, destaca-se que o princípio da paternidade responsável interage com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança em busca de uma perspectiva mais afetiva e social do que puramente biológica na filiação.

3.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança (Adolescente)

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do melhor interesse da criança no artigo 227, *caput* e seus parágrafos. Dispõe o mencionado dispositivo constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 (Destacou-se).

Inferese do artigo mencionado, que o dever de garantir o melhor interesse da criança não é só da família, mas da sociedade e do Estado, uma vez que deve-se dar uma proteção integral à criança, em todos os ambientes da sociedade. Além do mais, pela leitura do citado dispositivo constitucional, verifica-se que o princípio do melhor interesse da criança também é aplicado ao adolescente, eis que seria inconcebível pensar que o indivíduo maior de doze anos (adolescente) não mereceria uma especial proteção da família, sociedade e Estado.

A doutrina destaca o artigo 227, *caput* e seus parágrafos, como uma importante mudança no eixo das relações paterno-materno-filiais, pois o filho deixa de ser considera-

do mero objeto para ser elevado à figura de sujeito de direito (GAMA, 2003, p. 457). É tão enfática a proteção dada à criança pelo texto constitucional, que o Estado poderá proteger os filhos mesmo contra a vontade dos próprios pais.

Em sintonia com a Constituição Federal, o Brasil ratificou, por meio do Decreto nº 99.710/90, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual prevê, em seu item 3.1, o princípio do melhor interesse da criança: “Artigo 3 - 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o *interesse maior da criança* (Destacou-se).

Nesta senda, foi promulgada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamentou e procurou dar maior eficiência a esse princípio. Dispõe o art. 3º da referida lei:

Art.3º *A criança e o adolescente* gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral* de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Destacou-se).

Da leitura do artigo supra-referido, verifica-se que o Estatuto da Criança e Adolescente deixou claro que o princípio do melhor interesse da criança é aplicado também ao adolescente, isto é, a pessoa com idade entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, conforme disposto no artigo 2º, da Lei 8.069/90. Ademais, ao dispor sobre a *proteção integral* da criança e do adolescente, a lei citada procura dar efetividade ao mencionado princípio, pois fica evidente que a proteção dos mesmos deve ser total, e para que esta proteção seja real, não basta apenas a atuação da família isoladamente, mas de toda a sociedade e do próprio Estado.

O Código Civil de 2002, também, de forma reflexa, acolheu o princípio do melhor interesse da criança, já que no art.1.584 dispõe que decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores *condições de exercê-la*. Assim, a guarda não deve ser concedida ao cônjuge que apresenta melhores condições financeiras ou dar prioridade à mãe, mas à pessoa que acolhe a criança ou adolescente com maior carinho, amor, afeto e, se possível, o menor deve ser ouvido, para que o juiz possa, assim, atender o princípio do melhor interesse da criança no instituto da guarda (VENOSA, 2005, p.218).

Derradeiramente, esclarece-se que o princípio supracitado deve ser aplicado tanto às procriações resultantes de técnicas de reprodução humana assistida, impondo limites a estas técnicas, bem como às procriações decorrentes de conjunção carnal, principalmente no que se refere à guarda de filho, eis que, independentemente da forma de concepção da criança (natural ou artificial), não se pode olvidar do interesse e do bem-estar desta.

3.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De acordo com o art.1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Assim, nota-se que o Estado brasileiro deve atuar não em função do próprio Estado, mas em função de todas as pessoas, visto que a dignidade da pessoa humana constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente ao ser humano, constituindo-se no mínimo necessário que toda lei deve garantir ao indivíduo para que este receba a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2003, p. 50). A dignidade é o referencial ético essencial do Direito, pois todo ser humano merece, por sua mera e simples condição de “pessoa” e não “coisa”, ser tratado com respeito e não ser utilizado como se fosse um objeto de propriedade de alguém (KRELL, 2006, p. 85).

O atributo que distingue a “pessoa”, da “coisa”, é que aquela é dotada de *dignidade*, não podendo ser valorada em pecúnia, diferentemente do que ocorre com as coisas. Dentro desta análise, a doutrina aponta, por exemplo, que o embrião, o feto, a pessoa do comatoso em fase final, o doente mental sem discernimento e razão devem ser considerados pessoas humanas, pois são dotados de dignidade e não de preço (GAMA, 2003, p. 128).

Além da previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III), a Constituição novamente a ele se refere como princípio especial aplicável ao direito de família (art. 226, § 7º). No direito privado, não há um ramo que sofra tanta influência do referido princípio como se vê no Direito de Família.

A doutrina ressalta, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito familiar, deve ser aplicado também em relação à pessoa futura, já que a dignidade do casal que exerce o planejamento familiar não pode ser vista de forma absoluta, pois poderá contrapor à dignidade da pessoa humana do filho concebido pelo casal, o qual merece maior proteção do que os próprios pais (GAMA, 2003, p. 464). Assim, conjugando os princípios da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e melhor interesse da criança, verifica-se que a parte que merece maior proteção pela Constituição é o filho e não os pais.

Como valor intrínseco do ser humano, a dignidade da pessoa humana não pode ser violada ou sacrificada, mas sob uma ótica principiológica, não há como negar a possibilidade de sua relativização, principalmente quando se colocam em colisão as dignidades de duas pessoas diferentes. Neste sentido, os estudiosos do direito, principalmente os doutrinadores da escola alemã, defendem a necessidade de limitação da manipulação genética do ser humano, mesmo em casos em que se pretenda “servir a um bom fim”. Isto ocorre porque a dignidade da pessoa humana não é aplicada apenas em relação às pessoas presentes, mas também em relação às pessoas futuras (KRELL, 2006, p. 91).

Por fim, em atenção ao princípio em comento, seria possível vedar no ordenamento jurídico brasileiro a utilização de técnicas de reprodução humana assistida para selecionar características humanas, evitando-se a eugenia, bem como proibir o uso da reprodução idêntica do código genético do ser humano (clonagem). Ademais, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro não pode permitir a comercialização dos gametas, os quais deverão ser entregues às clínicas de fertilização de forma gratuita, pois não podem ser considerados como coisas, ou seja, não podem ter preço (KRELL, 2006, p. 92).

4 Conceito de Filiação

Para se conceituar um instituto dentro das Ciências Jurídicas, é necessário conhecer os seus elementos essenciais, princípios e delimitar o seu conteúdo. Assim, apesar da dificuldade de se conceituar a filiação, o estudo prévio dos princípios do direito à filiação (igualda-

de jurídica dos filhos, da paternidade responsável, melhor interesse da criança e dignidade da pessoa humana) serve como base para se conceituar o mencionado instituto.

Segundo Sílvio Rodrigues: “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado (RODRIGUES, 2002, p. 321).

Mais adequado à realidade atual é o conceito trazido por Maria Helena Diniz que, além de salientar a filiação pelo parentesco consanguíneo, abrange a adoção e os filhos havidos por reprodução humana assistida:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aquelas que lhe deram vida, podendo, ainda, (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga (DINIZ, 2005, p. 426-427).

Logo, nem sempre o fato natural da procriação corresponde à filiação como fato jurídico. Dentro do possível, a lei deve procurar fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, porém deve levar em consideração as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem a delimitação do conceito de filiação.

A filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Em uma concepção ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, entre filhos e pais. Assim, a filiação abrange o poder familiar que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral (VENOSA, 2005, p. 243).

Por fim, esclarece-se que o conceito de filiação (vínculo entre pais e filhos) está em constante modificação. Após a Constituição Federal de 1988, as relações familiares passaram a ser norteadas em razão da dignidade de cada partícipe na sociedade. As relações familiares, originadas ou não de forma natural, se dão de maneira construtiva e plural, arraigadas com forte sentimento de afeto entre seus membros. A proteção integral da criança e do adolescente, a paternidade responsável, a igualdade de direitos entre os filhos, fazem com que o conceito de filiação se transforme a cada dia, buscando, assim, o melhor interesse da criança.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA NO DIREITO ESTRANGEIRO

A reprodução humana assistida é um tema que acarreta problemas éticos e jurídicos não só no Brasil, mas em vários outros países. É que se trata de um fato jurídico novo, relativo a questões fundamentais da pessoa humana, que carece de regulamentação no âmbito mundial. Assim, faz-se necessário analisar, ainda que de maneira tangencial, algumas questões de relevo no campo do direito comparado para uma melhor compreensão do tema.

Salienta-se que foi em países com baixos índices de natalidade, principalmente nos escandinavos, onde se desenvolveram, mais precocemente, as técnicas de reprodução humana assistida. Os estudos sobre a fertilização humana assistida se desenvolveram significativamente por toda a Europa, Estados Unidos, Austrália e Canadá. Hodiernamente, essas

técnicas são difundidas praticamente em todo o mundo ocidental, mesmo em países com população jovem e com alto índice de natalidade como o Brasil (AGUIAR, 2005, p. 124).

Ademais, acrescenta-se que outros fatores influenciaram para que o tema tivesse um tratamento diferente nos diversos países. No continente europeu, por exemplo, a religião influenciou de forma positiva e negativa para o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida. Desse modo, nos países em que a influência da Igreja Católica é maior, as discussões sobre o tema foram de certo modo suspensas, ao passo que nos países do norte da Europa, sob a influência de igrejas reformadas ou evangélicas que permitem tais práticas, o tema foi mais debatido.

Partindo-se do pressuposto que o direito acompanha o fato social e que este tem suas peculiaridades em cada Estado, as legislações estrangeiras abordam o assunto de maneiras distintas.

Porém, a principal preocupação no direito estrangeiro, que se reflete no direito pátrio, recai sobre a melhor forma de conciliar a liberdade das pesquisas científicas com a proteção dos direitos do corpo humano, do direito à vida e dignidade da pessoa humana.

A seguir será analisado como alguns países têm legislado acerca de questões importantes para a inseminação artificial heteróloga. Cabe esclarecer, todavia, que a análise se restringirá, naquilo que for possível, a uma visão geral e breve do tema na legislação estrangeira.

5.1 Alemanha

Em 1985, foi apresentado na Alemanha o *Relatório Benda*, relativo à fecundação *in vitro*, genoma e terapia genética. Este foi o primeiro documento alemão a tratar sobre o tema da reprodução humana medicamente assistida (FERNANDES, 2005, p. 152).

Com base no mencionado *Relatório Benda*, bem como nas diretrizes da Associação de Médicos, foram determinadas algumas regras a serem seguidas quando da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Em relação à inseminação artificial heteróloga, aquela que exige o fornecimento de espermatozóide de terceiro, a legislação alemã considera tal possibilidade de maneira mais restritiva se comparada à homóloga, eis que somente pode ser aplicada no caso de esterilidade do casal formalmente casado, ou seja, não se admite a utilização da mencionada técnica no caso de mero companheirismo (GAMA, 2003, p. 265).

É importante destacar que o direito alemão proíbe que o material fecundante do doador possa ser utilizado por outras pessoas caso haja êxito em alguma tentativa de reprodução heteróloga. Assim, nota-se que na Alemanha há uma preocupação em se evitar futuras uniões sexuais de pessoas que biologicamente mantêm vínculo. Ademais, não se permite qualquer tipo de remuneração em favor do terceiro doador, tendo em vista que o direito alemão adotou o princípio da gratuidade no fornecimento do material fecundante.

O direito alemão também proíbe que o marido que consente na realização da inseminação artificial heteróloga possa negá-la posteriormente à concepção da criança. Nos casos de inseminação artificial heteróloga, não se admite a possibilidade do estabelecimento de vínculo familiar entre a criança concebida e o doador do sêmen. Contudo, a criança tem a possibilidade de conhecer sua origem genética, inclusive recomenda-se que os centros de reprodução conservem em banco de dados as informações relativas aos doadores.

Assim, vê-se que o direito alemão procura fundamentalmente restringir o uso de técnicas de reprodução humana assistida, bem como limitá-las principalmente às pessoas casadas. Além do mais, ao proibir a utilização de técnicas de reprodução assistida às mulheres solteiras, o sistema jurídico alemão adota nitidamente um perfil conservador quanto ao tema.

5.2 Espanha

Na Espanha há uma lei específica sobre as técnicas de reprodução assistida (Lei n. 35, de 22 de novembro de 1988). De acordo com esta lei, a qual é apontada como a mais liberal dentro da tradição romano-germânica, poderão se submeter às técnicas de reprodução assistida todas as mulheres maiores de 18 (dezoito) anos e que tenham um bom estado de saúde. Assim, tanto as mulheres solteiras como as viúvas poderão se submeter ao uso das técnicas de reprodução humana.

A inseminação artificial *post mortem* também é permitida pela lei espanhola. Todavia, faz-se necessário prévio consentimento do marido, o qual deverá anuir na utilização de seu material reprodutor mediante escritura pública ou testamento, bem como a inseminação deverá se dar nos seis meses seguintes à sua morte para gerar todos os efeitos legais derivados da filiação matrimonial (FERNANDES, 2005, p. 154).

Já em relação à inseminação artificial heteróloga, a mencionada lei dispõe que o marido e a mulher, que consentirem prévia e expressamente acerca de inseminação com doadores, não poderão posteriormente impugnar a filiação da criança, a qual será equiparada ao filho decorrente de procriação natural. A idéia parte do pressuposto de que, na realização da reprodução assistida heteróloga, o casal é informado de todas as consequências decorrentes de sua decisão. Assim, proíbe-se a impugnação de paternidade pelo marido que consentiu na utilização de tal técnica (FERNANDES, 2005, p. 159).

No que se refere à doação de gametas, a lei espanhola somente permite a revelação da identidade do doador quando existe comprovado risco de vida para o filho, ou quando necessária à punição de natureza criminal. Porém, os dados não poderão ser tornados públicos sem que isso implique, em qualquer hipótese, determinação legal de filiação (AGUIAR, 2005, p. 133).

Verifica-se, assim, que o direito espanhol é bem mais permissivo que o direito alemão. Por isso, o sistema espanhol é extremamente criticado, mas não se pode negar que o mesmo reconheceu a importância da matéria e deu tratamento legislativo sobre as questões mais polêmicas envolvendo a reprodução assistida.

5.3 Estados Unidos

Na tradição anglo-saxã, é indispensável fazer uma rápida abordagem sobre o tema no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, já que foi a nação pioneira no desenvolvimento da inseminação artificial heteróloga. Independentemente da rígida moral que sempre dominou as relações familiares norte-americanas, a técnica de inseminação heteróloga não encontrou maiores obstáculos morais nesta nação.

A partir de 1964, trinta estados norte-americanos adotaram alguma forma de legislação regulamentando a inseminação artificial heteróloga, restringindo a utilização desta técnica às pessoas casadas. Em 1974, aproximadamente vinte e cinco estados proibiram ou

limitaram a pesquisa em embriões, o que acaba impedindo a realização de alguns procedimentos específicos da fecundação *in vitro* (FERNANDES, 2005, p. 164).

No que tange ao Direito de Família e, conseqüentemente, às técnicas de reprodução humana assistida, não existe apenas um sistema no território norte-americano, pois cada um dos estados membros têm sua própria estrutura normativa a respeito, o que faz com que haja várias diferenças no tratamento do tema.

Apesar da diversidade legislativa norte-americana, há um consenso entre vinte oito estados norte-americanos a respeito da inseminação artificial heteróloga, uma vez que, se o marido consentir com a inseminação de sua mulher por esperma de terceiro, ele é o pai legal da criança assim concebida (MOREIRA FILHO).

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em linhas gerais, prevalecem as seguintes regras nos estados membros norte-americanos: a) não há regra que proíba a doação de gametas, tanto masculinos quanto femininos; b) o anonimato é recomendado pelas instituições médicas, mas não há norma que regulamente a matéria; c) não há proibição expressa em relação à remuneração dos doadores de gametas; d) o marido que consentiu na inseminação artificial heteróloga é tido pela maioria dos Estados norte-americanos como pai da criança, sendo vedada a possibilidade de impugnação da paternidade (GAMA, 2003, p. 334).

Como se pode perceber do exposto, sendo os Estados Unidos um país onde existe uma grande autonomia federativa, é difícil conciliar os interesses dos Estados federados com o interesse nacional, o que impede a formação de uma doutrina ou legislação dominante a respeito das técnicas de reprodução humana assistida. Ademais, devido à grande influência da Inglaterra durante o período colonial, a construção do sistema jurídico norte-americano tem na jurisprudência a sua mais importante fonte, o que faz com que as cortes superiores de cada Estado Federado adotem posicionamentos divergentes quanto à matéria.

5.4 França

Na França, várias propostas legislativas referentes aos métodos de reprodução humana assistida já foram apresentadas, porém, nenhuma delas ainda foi aprovada. Esta indefinição legislativa não é involuntária, como se poderia supor, mas tem a ver muito com o grande desenvolvimento dos centros de procriação artificial, conhecidos como CECOS - Centro de Controle e Congelamento de Sêmen (LEITE, 1995, p. 301).

Assim, independentemente de qualquer legislação concernente à reprodução humana medicamente assistida, os CECOS franceses, os quais são reunidos em federação, estabeleceram princípios éticos que visam a harmonizar a utilização das técnicas por cada centro, que, por sua vez, têm autonomia para sua organização e gestão.

Os centros de procriação artificial (CECOS) apresentam os seguintes princípios: a doação do gameta deve ser gratuita; a doação deve ser feita por casal fértil ao casal estéril e o anonimato dos doadores deve ser mantido. A partir destes princípios decorrem direitos e deveres para os doadores, os solicitantes, o corpo médico e o nascituro (FERNANDES, 2005, p. 167).

Em relação à inseminação artificial *post mortem*, esta está proibida na França, tendo em vista que neste caso o projeto parental não existe, e a criança, de acordo com a legislação francesa, será considerada a filha somente da mãe. Segundo o artigo 311-20,

alínea 3, do Código Civil Francês, o consentimento dado para a realização de alguma técnica de reprodução assistida ficará sem efeito caso o declarante venha a morrer.

Quanto à inseminação artificial heteróloga, o direito francês apenas permite a utilização da referida técnica nos casos de infertilidade do casal cuja patologia tenha sido diagnosticada ou na hipótese de o casal ser fértil, mas ocorrer risco de transmissão de doença hereditária.

É importante destacar que na França somente os cônjuges ou companheiros podem utilizar das técnicas de reprodução humana assistida. O direito francês exclui a possibilidade de qualquer pessoa sozinha (solteira, divorciada, viúva) ter acesso a qualquer das técnicas, pois, para que haja a reprodução com a assistência médica, faz-se necessária a existência de um projeto parental do casal, e não de uma pessoa apenas, ainda que integre uma família matrimonial ou extramatrimonial (GAMA, 2003, p. 248-249).

Apesar de toda a estrutura dos CECOS franceses e de seus princípios éticos, verifica-se que a falta de legislação faz com que a França não tenha soluções seguras para os casos de reprodução humana assistida. O direito francês encontra-se obsoleto em relação à matéria, principalmente quanto aos novos avanços da engenharia genética.

Por fim, impende destacar que o direito brasileiro, assim como o direito francês, carece de tratamento legislativo específico sobre as polêmicas decorrentes dos avanços científicos em matéria de reprodução humana assistida. Porém, o Código Civil de 2002 introduziu este polêmico tema no sistema jurídico pátrio e, quiçá, o direito comparado possa auxiliar os legisladores brasileiros, juízes e demais operadores do direito a descobrirem um caminho para solucionar questões decorrentes deste tema tão atual e controvertido.

6 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A inseminação artificial heteróloga, por envolver a presença da pessoa do terceiro, apresenta os questionamentos mais polêmicos no campo da filiação, pois impõe determinadas seqüências jurídicas que não se verificam nos demais modelos de filiação.

A inseminação artificial heteróloga, diferentemente da técnica homóloga, prega a desconsideração da verdade biológica em proveito de uma verdade afetiva. No período anterior às descobertas da técnica heteróloga, a consangüinidade era o pressuposto ou condição mais importante para o estabelecimento do vínculo de filiação, mesmo que o casal não tivesse a vontade de procriar.

O vínculo constitutivo da parentalidade-filiação das crianças originárias da fecundação heteróloga decorre da vontade livremente manifestada do casal em assumir independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de bem querer à criança (ALDROVANDI).

Neste sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso V, diz que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Assim, o referido dispositivo reforça a natureza socioafetiva da filiação. A paternidade, neste caso, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se, assim, o elemento volitivo agregado ao projeto parental para estabelecer o vínculo de filiação.

Porém, ao procurar dar solução ao aspecto da paternidade na fecundação heteróloga, o Código Civil fez com que surgissem diversas dúvidas decorrentes da redação do

artigo 1.597, inciso V, tais como: a presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga consentida pelo marido é relativa ou absoluta? Será que o marido poderia revogar o consentimento prestado? O filho havido por este tipo de técnica de reprodução humana assistida tem o direito de conhecer a identidade do doador?

Estas questões são de difíceis respostas, todavia a doutrina vem apontando soluções, as quais ainda são incipientes para os eventuais problemas que poderão surgir da inovação trazida pelo dispositivo supracitado. A seguir, procurar-se-á, sem a pretensão de esgotar o tema, indicar possíveis respostas para as dúvidas surgidas pela redação do dispositivo do Código Civil de 2002 que se refere à inseminação artificial heteróloga.

6.1 APRESUNÇÃO DA PATERNIDADE E A IMPORTÂNCIA DO CONSENTIMENTO DO MARIDO

Em virtude da impossibilidade de se provar diretamente a paternidade, o Código Civil de 2002 assenta a filiação num jogo de presunções, fundadas em probabilidades, as quais visam a garantir a segurança e estabilidade da família matrimonial.

Tais presunções estabelecidas no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, via de regra, não são de natureza absoluta, mas essencialmente relativa (*iuris tantum*), já que a paternidade pode ser contestada pelo marido, ou por seus ascendentes e descendentes quando este for incapaz ou morrer durante o transcorrer de ação negatória da paternidade em que é proponente, por meio da produção de provas que contrariem esse fato (FACHIN, 2004, p. 51).

Todavia, de acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a regra prevista no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002, deve ser interpretada no sentido da existência de presunção absoluta (*iuris et de iure*) da paternidade do marido sobre o filho de sua esposa decorrente de técnica de reprodução assistida heteróloga consentida. O consentimento do marido a que sua mulher possa engravidar, com o auxílio das técnicas de reprodução assistida heteróloga, representa a assunção da paternidade que não poderá ser negada posteriormente (GAMA, 2003, p. 842).

Em nível mundial, muitos países, ao contrário do Brasil, já legitimaram através de leis claras e definidas, que o marido que consentiu na inseminação heteróloga da mulher não tem direito à negatória de paternidade. Na Espanha, a lei que dispõe sobre a fertilização assistida proíbe a impugnação da paternidade do marido que nela consentiu (prévia e expressamente). Em Portugal, a exemplo da França, foi incluída disposição considerando inadmissível a contestação da paternidade do marido que consentiu na fecundação. Também na Austrália, o marido que consentiu expressamente na fecundação da mulher com sêmen de terceiro é o pai do filho nascido dessa fertilização, sendo a presunção absoluta - *iuris et de iure* (MACHADO, 2003, p. 115).

É importante destacar que a impossibilidade de impugnação da paternidade funda-se nos princípios da boa-fé e do respeito à dignidade humana da futura criança. Há de ser levado em conta, ainda, o interesse prioritário e absoluto da criança havida por inseminação artificial heteróloga (princípio do melhor interesse da criança), a qual não poderia sujeitar-se às mudanças de ânimos daqueles que resolveram efetivar o projeto parental anteriormente cogitado e, depois, se arrependeram.

Segundo Juliane Fernandes Queiroz, caso o marido que consentiu na inseminação artificial heteróloga proponha ação negatória de paternidade, o juiz deve reconhecer de

ofício a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Para a referida autora, a vontade exteriorizada pelo marido antes da concepção já ensejaria a consideração da verdade afetiva para o fim de impedir a impugnação da matrimonialidade da filiação após o nascimento da criança (QUEIROZ, 2001, p. 170).

Não há dúvida de que a proibição da impugnação da paternidade pelo marido, nos casos de procriação assistida heteróloga, representa a dimensão cultural da paternidade, da paternidade responsável, eis que o sistema jurídico deve priorizar a vontade manifestada pelo marido em detrimento da consangüinidade. Mesmo que não haja proibição expressa no sistema jurídico brasileiro quanto à impossibilidade de impugnação da paternidade pelo marido, não se pode admitir a contestação da paternidade, haja vista que houve deliberação comum dos consortes, os quais decidiram que o filho deveria nascer.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, mesmo antes do Código Civil de 2002, já havia base jurídico-normativa suficiente que impedia que o marido impugnasse a paternidade do filho concebido e nascido de procriação assistida heteróloga de sua esposa quando manifestou seu consentimento na adoção de tal técnica. A partir do momento em que não há mais o ato sexual ensejador da concepção e início da gestação, são outros os requisitos que devem ser analisados para permitir o estabelecimento da paternidade-filiação. Assim, a vontade, aliada a outros fatores, excluído o ato sexual, representa o pressuposto fundamental para a nova paternidade na procriação assistida heteróloga, a impedir que o vínculo constituído possa ser desconsiderado por força de retratação manifesta pelo homem posteriormente. Tal como o homem que manteve relação sexual com a mulher que veio a engravidar por ocasião do fato jurídico, o homem que manifestou sua vontade, ínsita ao projeto parental constituído junto com sua esposa e acompanhou a concepção e o início da gravidez, não poderá retroagir no tempo para desconsiderar a relação sexual, no caso de procriação carnal, ou a vontade, no caso de procriação assistida (GAMA, 2003, p. 842).

Nos Estados Unidos da América, o Supremo Tribunal da Califórnia ao julgar, em 1968, questão relativa ao possível crime de abandono material (*People v. Sorensen*), reconheceu que o marido era o pai do filho havido por inseminação artificial heteróloga, considerando que o termo “pai” não se resumia à verdade biológica, o que implicitamente gerou a tutela dos interesses da criança. A partir de então, os tribunais norte-americanos seguiram a mesma linha de raciocínio do julgamento da Califórnia, passando vários Estados a legislar sobre o tema no sentido de determinar que o consentimento do marido faz com que ele assuma a paternidade (GAMA, 2003, p. 832-833).

Assim, diante da falta de uma legislação brasileira específica para dirimir as questões relativas às inseminações artificiais heterólogas, os tribunais brasileiros devem adotar posicionamento similar ao dos tribunais norte-americanos, haja vista que a falta de legislação não pode ser empecilho para se reconhecer a irrevogabilidade do consentimento prestado pelo marido. O julgador, caso enfrente ação de impugnação de paternidade, deve se posicionar no sentido de atender os princípios do melhor interesse da criança e o da paternidade responsável.

Um aspecto importante que ainda não foi regulado na legislação brasileira diz respeito aos requisitos formais para o consentimento do marido. De acordo com o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, para que haja a presunção da filiação na inseminação artificial heteróloga é necessária a prévia autorização do marido. Todavia, o diploma civil foi bastante genérico ao utilizar a expressão *prévia autorização do marido*, eis que não es-

clareceu se o consentimento é só o expresso ou se pode ser tácito, se o consentimento deve ser por escrito ou por manifestação oral, por instrumento público ou particular, perante testemunhas ou perante o juiz.

No direito francês, em qualquer hipótese de reprodução assistida com terceiro doador, o casal deverá manifestar a vontade de procriar perante o juiz que lhe informará a respeito das conseqüências da manifestação da vontade sob o prisma da filiação. Deveras, na França, o casal deve anuir perante o magistrado, que os ouvirá separadamente e, só depois de uma semana de reflexão, o juiz liberará o casal para a inseminação, dando-lhe um documento que atestará o consenso e será arquivado no Centro de Reprodução Assistida. Vale ressaltar, que o referido documento terá valia apenas para um nascimento, e não se admitirá o suprimento judicial da anuência do casal. No direito alemão, também há uma grande preocupação em relação ao consentimento prestado pelo marido, uma vez que exige que este consentimento seja por escrito e dado na presença do notário (DINIZ, 2002, p. 483).

No Brasil, é imprescindível a edição de uma norma que discipline, detalhadamente, o consentimento do marido, a fim de estabelecer que, se este teve conhecimento e consentiu a inseminação artificial com espermatozóide de um terceiro, não poderá impugnar a paternidade em momento posterior. Apesar da falta de normas em relação à matéria, a doutrina brasileira entende que a autorização do marido deverá ser expressa e por escrito.

A respeito do papel da vontade do cônjuge que não contribuiu com material fecundante para a procriação, a doutrina apresenta algumas razões para o estabelecimento pleno da parentalidade daquele que manifestou sua vontade no âmbito da reprodução assistida heteróloga, valendo destacar: o consentimento manifestado não constitui ato ilícito; o filho concebido não pode se sujeitar à alteração de ânimo do declarante; a pessoa que pretendesse se retratar da vontade anteriormente manifestada agiria com má-fé, sendo desleal, em manifesta oposição ao sistema jurídico; o consentimento representa o reconhecimento voluntário da paternidade que é irrevogável (GAMA, 2003, p. 758).

Do exposto, nota-se que o consentimento do marido gera presunção absoluta (*iuris et de iure*) de paternidade na hipótese de inseminação artificial heteróloga e, conseqüentemente, a vontade prestada é irrevogável. Contudo, nos casos em que não haja consentimento do esposo, é diversa a solução apontada pela doutrina.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o filho nascido de mulher casada fruto de procriação assistida heteróloga presume-se filho do marido, mesmo que não haja prévio consentimento deste, uma vez que o marido assumiu, ao casar-se, o risco de ter que assumir as conseqüências do projeto parental unilateralmente colocado em prática pela esposa. Todavia, tal presunção é relativa (*iuris tantum*) e não absoluta (*iuris et de iure*) como na fecundação assistida consentida pelo marido, uma vez que o esposo pode demonstrar que não consentiu que sua esposa tivesse acesso à inseminação artificial heteróloga (GAMA, 2003, p. 1001).

Na jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, foi aprovado o seguinte Enunciado que corrobora o entendimento do referido autor:

104 – 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 (Destacou-se).

Apesar do posicionamento do autor supracitado e do enunciado aprovado na jornada de Direito Civil, deve-se proibir que a mulher tenha acesso unilateralmente às técnicas de reprodução humana medicamente assistida, já que, caso o marido consiga afastar a presunção relativa de paternidade, a criança poderá ficar sem pai, pois o doador, em hipótese alguma, poderá ser obrigado a assumir a criança.

Ademais, segundo Maria Helena Diniz, a ausência de consentimento do marido poderá ser motivo justificador da separação por injúria grave, pois, se a inseminação heteróloga não foi consentida, a paternidade forçada atingirá a integridade moral e a honra do marido, fazendo-o assumir uma obrigação indesejável enquanto não provar a fecundação heteróloga não consentida, já que, pelo art.1.597, inciso I, do Código Civil, é considerado filho do esposo quem nascer na constância do casamento (DINIZ, 2002, p. 483).

Quanto ao consentimento da mulher que é inseminada artificialmente com sêmen de terceiro doador, vale lembrar que sua manifestação de vontade tem relevância meramente no campo dos procedimentos médicos a que ela irá submeter-se com o fim de ter acesso às técnicas de reprodução assistida e não para efeito constitutivo de sua maternidade, já que esta tem seu fundamento na verdade biológica e, conseqüentemente, no campo do parentesco natural.

Em relação ao terceiro doador, sua vontade é totalmente irrelevante para o fim do estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação no que toca à futura criança, uma vez que tal vontade não se insere em qualquer projeto parental pessoal do doador, o que o exclui de qualquer vinculação com a criança a ser concebida, salvo para o caso de impedimento matrimonial. Assim, a doação de gameta não vincula o doador a qualquer responsabilidade parental, tratando-se de ato praticado com base na solidariedade entre as pessoas, por generosidade e filantropia.

Derradeiramente, esclarece-se que, quanto aos impedimentos matrimoniais, deve-se aplicar a regra do artigo 1.626, *caput*, do Código Civil, aos casos de reprodução assistida heteróloga. O referido preceptivo legal dispõe que mantém-se o vínculo do adotado com os pais consangüíneos para fins de impedimentos matrimoniais. Desta forma, é mister ampliar o alcance da regra relativa aos impedimentos matrimoniais para a inseminação artificial heteróloga, haja vista que impedirá que pessoas que tenham a mesma origem consangüínea possam se unir pelo casamento, ou seja, evitará futuras uniões incestuosas (DIAS, 2006, p. 305).

6.2 ANONIMATO DO DOADOR E DIREITO DA CRIANÇA AO CONHECIMENTO DE SUA IDENTIDADE GENÉTICA

Além da presunção da paternidade e do consentimento do marido, outro tema polêmico que envolve a inseminação artificial heteróloga refere-se ao conflito existente entre o direito da criança de conhecer sua identidade genética e o direito do doador ao anonimato.

O direito francês, por exemplo, adota postura bastante restritiva em matéria de fornecimento de dados e informações acerca da origem da parentalidade-filiação resultante de inseminação artificial heteróloga. De acordo com a lei nº 94.653, de 29 de julho de

1994, nenhuma informação que permita identificar o doador de parte ou produto de seu corpo pode ser divulgada, sendo vedado ao doador e ao receptor o acesso às informações que permitam a identificação do outro. Segundo a legislação francesa, somente é permitido o levantamento do anonimato em caso de necessidade terapêutica e mesmo assim reservada aos médicos do doador e do receptor, não admitindo, em nenhuma hipótese, a divulgação de tais informações a outras pessoas. Inclusive, de acordo com o Código Penal Francês, é crime a divulgação de informação que permita identificar o casal que renunciou ao embrião, com sanção de prisão de dois anos e multa (GAMA, 2003, p. 902).

Já o direito sueco, ao revés, reconhece à criança o direito à verdade sobre a ascendência biológica, a partir do momento em que tenha atingido a maturidade considerada necessária. Todavia, vale ressaltar que a revelação da ascendência biológica ou identidade civil dos pais biológicos não estabelece vínculo jurídico de paternidade-filiação entre o doador do sêmen e a pessoa concebida pela fecundação heteróloga (KRELL, 2006, p. 168).

Na suíça, o art. 24, introduzido na Constituição desse país, determina a proibição de se esconder aos interessados a identidade de seus progenitores (exceto nos casos em que a lei expressamente o previsse). No mesmo sentido é a legislação alemã, a qual está a favor da tese de que todo indivíduo deve ter o direito de conhecer a identidade do doador do esperma que lhe deu origem. O *Relatório Benda* defende o direito à identidade do doador como um direito constitucional a ser exercido a partir dos dezesseis anos de idade (KRELL, 2004, p. 173-174).

Em relação ao anonimato do doador, este se mostra necessário para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção dos melhores interesses da criança ou do adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa fruto de procriação assistida heteróloga (GAMA, 2003, p. 903).

Porém, na realidade, a matéria concernente ao anonimato do doador deve ser tratada de forma separada levando em conta exatamente os interesses da pessoa que foi concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. O sigilo da origem da filiação e o anonimato da pessoa do doador se afiguram como princípios absolutos relativamente a todas as pessoas, salvo no que pertine à própria pessoa concebida por técnica de reprodução assistida heteróloga.

Em relação à criança concebida por técnica de reprodução assistida heteróloga não há como reconhecer que o direito ao anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou à higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do terceiro doador. Para Fernanda de Fraga Balan, é inconcebível que o anonimato do doador prevaleça em detrimento da manutenção da saúde, ou até mesmo, da vida da pessoa concebida com o material genético de terceiros. O princípio constitucional do direito à vida deve prevalecer, sem dúvida, sobre o direito à privacidade e à intimidade do doador. Assim, o anonimato deve necessariamente ceder diante de interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas, bem como para reconhecer impedimentos matrimoniais no campo da reprodução humana assistida, os quais irão impedir uniões incestuosas (BALAN).

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a hipótese de quebra do anonimato do doador em caso de critérios médicos emergenciais se mostra insuficiente em

matéria de direito à identidade genética como direito da personalidade, especialmente levando em consideração que não haverá qualquer possibilidade de atribuição de paternidade-filiação entre doador e a pessoa que foi concebida a partir do gameta doado (GAMA, 2003, p. 906).

Para o referido doutrinador, o direito à identidade pessoal deve prevalecer sobre o direito à intimidade do doador em relação à pessoa concebida por técnica de reprodução assistida heteróloga, eis que não se deve negar ao filho o direito de obter informação a respeito da sua historicidade genética. O direito à identidade pessoal deve abranger a historicidade pessoal e, aí inserida a vertente biológica da identidade, sem que seja reconhecido qualquer vínculo parental entre as duas pessoas que, biologicamente, são genitor e gerado, mas que juridicamente nunca tiveram qualquer vínculo de parentesco (GAMA, 2003, p. 907).

Segundo Belmiro Pedro Welter, o anonimato deve ser desocultado em caso de interesse do filho, pois a criança tem o direito de conhecer sua origem, sua identidade pessoal, seu estado de filho. Acrescenta que o estado de filho é direito constitucional à cidadania e à dignidade humana, indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, inclusive contra o doador, intangível, intransmissível, de interesse público e psicologicamente essencial ao ser humano (WELTER, 2003, p. 231-232).

Olga Jubert Gouveia Krell também possui o mesmo entendimento, pois, para a mencionada autora, é dado o direito à pessoa gerada por meio de técnica de reprodução assistida heteróloga ingressar com ação de estado para assegurar o seu direito da personalidade ao conhecimento da origem genética, sem que isso altere a filiação já estabelecida (KRELL, 2006, p. 187-188).

Não se pode conhecer o melhor interesse da criança, sua dignidade humana, sem permitir que a mesma tenha conhecimento de sua identidade. Ainda que no âmbito da procriação assistida heteróloga haja convicção de que a paternidade e a maternidade se definem por critérios não biológicos, não há como olvidar a importância da informação e da historicidade da ascendência biológica da pessoa humana para que ela tenha plenas condições de entender a sua existência e suas origens e, desse modo, valorizar ainda mais a conduta de seus verdadeiros pais sob o prisma do Direito e da afetividade. O conhecimento da verdade a respeito da sua própria origem biológica e, conseqüentemente, da sua história é direito fundamental que integra o conjunto dos direitos da personalidade. A recusa do doador em ter revelada sua identidade sob o argumento de que deve ser tutelado o direito à intimidade, ao segredo, deve prevalecer para todas as pessoas, inclusive para os pais socioafetivos (jurídicos), salvo em relação à pessoa concebida. Na contemporaneidade, é perfeitamente possível que o direito ao anonimato do doador ceda em favor do direito à identidade da criança (GAMA, 2003, p. 909-910).

Deve-se reconhecer abusivo o ato praticado pelo doador no sentido de não permitir a divulgação de sua identidade para a futura pessoa concebida a partir do emprego de seu material fecundante. No caso da procriação assistida heteróloga, diante da completa impossibilidade de se estabelecer vínculo de parentalidade-filiação entre doador e a pessoa que foi concebida, mostra-se totalmente despropositada a postura de o primeiro pretender impedir o acesso à sua identidade apenas em favor da pessoa que foi concebida com seu material fecundante, sob o argumento do direito ao anonimato.

Inclusive, segundo Olga Jubert Gouveia Krell, há o Projeto de Lei nº 90/1999, sobre a Reprodução Assistida no Brasil, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que assegura em seu art.4º, II, o conhecimento da verdade biológica, determinando a conservação pelo prazo de vinte e cinco anos, do registro e de todas as informações relativas aos doadores. Em seu art.12 assevera que:

a criança gerada a partir de gameta ou de embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais (KRELL, 2006, p. 175).

Olga Jubert Gouveia Krell lembra que o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem em arquivos da instituição que os armazenou, para fins de direitos da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade para tal fim (KRELL, 2006, p. 186).

Tendo em vista que o instrumento adequado para que o filho conheça sua identidade genética não é a ação de investigação de paternidade, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que o *habeas data* representa a garantia constitucional que assegura, efetivamente, o direito à identidade pessoal no campo da procriação assistida heteróloga em favor da pessoa concebida através da técnica científica. Com base na experiência estrangeira, especialmente o direito sueco e o direito alemão, pode-se afirmar que o direito brasileiro reconhece o direito da pessoa ao conhecimento da ascendência biológica como integrando o rol dos direitos da personalidade e, portanto, dos direitos fundamentais, sem que tal historicidade biológica produza qualquer conseqüência no campo das relações de parentesco (GAMA, 2003, p. 915).

É importante destacar que o *habeas data* não se restringe à Administração Pública, mas também atinge casas de saúde, bancos de sêmen e de embriões, e, especialmente, os profissionais responsáveis pelo procedimento médico no uso das técnicas de reprodução humana heteróloga, para que seja assegurado o direito à identidade (KRELL, 2006, p. 178-179).

Derradeiramente, verifica-se que, quanto ao direito à identidade genética, há construção jurisprudencial no direito brasileiro referente à adoção, que poderá, futuramente, servir de base para o caso de inseminação artificial heteróloga. Em acórdão inédito, o STJ decidiu que uma pessoa já vinculada juridicamente à outra pela adoção poderia investigar a sua paternidade com base nos dados biológicos. A ação era declaratória de paternidade, entretanto, não interferiria no *status* de filho do investigante, o qual continuaria a ser filho jurídico dos pais adotivos. Ademais, decidiu-se a favor do conhecimento da origem genética que incluía a descoberta da identidade civil do pai biológico, sem, contudo, alterar os vínculos parentais, e, portanto, não ensejando a substituição do pai socioafetivo pelo genitor (KRELL, 2006, p. 185).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, de maneira bem sucinta, podem ser enunciadas as seguintes conclusões extraídas do presente artigo:

1. Os princípios constitucionais da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança buscam uma perspectiva mais afetiva e social do que puramente biológica na filiação. O filho deixa de ser mero objeto na relação paterno-filial para se tornar o cerne desta relação, merecedor de tutela absoluta e integral do ordenamento jurídico.

2. O Código Civil de 2002 introduziu o tema da reprodução humana medicamente assistida no direito brasileiro. Porém, não regulamentou a matéria, somente procurou solucionar o problema da presunção da filiação na constância do casamento caso haja a utilização da técnica de inseminação artificial (homóloga ou heteróloga).

3. Devido à atualidade do tema, a legislação estrangeira aborda a reprodução humana assistida de forma distinta. Na Alemanha, há um tratamento bastante restritivo, pois busca fundamentalmente restringir o uso de técnicas de reprodução humana assistida às pessoas casadas e proíbe o acesso a tais técnicas por mulheres solteiras.

4. A Espanha é apontada como a mais liberal dentro da tradição romano-germânica no campo da reprodução humana assistida, eis que permite o emprego da inseminação artificial *post mortem*, bem como o acesso às técnicas de reprodução assistida por mulheres solteiras e viúvas.

5. Nos Estados Unidos, não existe apenas um único sistema sobre a reprodução humana assistida, tendo em vista que cada um dos estados membros tem sua própria estrutura normativa, o que faz com que haja várias diferenças no tratamento do tema.

6. Na França, assim como no Brasil, não existe legislação específica que trate deste tema tão polêmico, logo, ambos os países encontram-se obsoletos em relação à matéria, o que causa o problema da insegurança jurídica no campo da reprodução humana assistida e, conseqüentemente, no direito à filiação.

7. O Código Civil de 2002, ao tratar da presunção da filiação no campo da reprodução humana assistida, o fez de forma insatisfatória, o que causou diversas indagações a respeito do tema. Em relação à inseminação artificial heteróloga, por utilizar do critério socioafetivo para determinar o vínculo de filiação entre pai e filho, é a que causa maiores polêmicas no campo do direito à filiação. Devido à redação do artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002, surgiram diversas indagações no campo da inseminação artificial heteróloga.

8. Caso haja o consentimento válido do marido para a realização da inseminação artificial heteróloga, este deve ser considerado como irrevogável, pois, caso o esposo pudesse revogá-lo após o emprego da referida técnica, iria ferir os princípios constitucionais da filiação, bem como estaria privilegiando a má-fé do marido. Logo, no campo da inseminação artificial heteróloga consentida pelo marido, a presunção de filiação é absoluta (*iuris et de iure*).

9. Se não houver a anuência do marido para o emprego da técnica de inseminação artificial heteróloga em sua mulher, a presunção da filiação será relativa (*iuris tantum*), já que, de acordo com o artigo 1.597, inciso I, do Código Civil, é considerado filho do esposo quem nascer na constância do casamento. Cabe, neste caso, ao marido impugnar a paternidade, devendo fazer prova em contrário. De qualquer forma, deve-se evitar o emprego da referida técnica de reprodução assistida sem o consentimento do marido, pois, caso o esposo consiga impugnar a paternidade, a criança poderá ficar sem pai.

10. Por fim, nota-se que o sigilo da origem da filiação e o anonimato da pessoa do doador se afiguram como princípios absolutos relativamente a todas as pessoas, salvo no

que pertine à própria pessoa concebida por técnica de reprodução assistida heteróloga. Neste caso, há doutrinadores que entendem que o anonimato do doador deve ser quebrado em caso de procedimentos médicos emergenciais, para que a criança não sofra lesão ao seu direito à vida. Porém, há outros doutrinadores que defendem que, em qualquer caso, o direito à identidade do filho concebido por inseminação artificial heteróloga deve prevalecer perante o direito ao anonimato do doador, eis que, em nenhuma hipótese, a quebra do sigilo da identidade do terceiro doador poderá implicar no estabelecimento do vínculo de filiação entre a criança e o doador.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALDOVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 17 jun. 2006.
- BALAN, Fernanda de Fraga. *A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/44/2544/>>. Acesso em 30 jul. 2006.
- BRASIL. *Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm>. Acesso em: 15 jun. 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3ª ed. São Paulo, RT, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 5. Vol. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ESPANHA. *Ley 35/1988*. Disponível em: <http://www.datadiar.com/actual/legislacion/penal/135_88.htm>. Acesso em: 22 maio 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. 18. Vol. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FERNANDES, Silva da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995.
- MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba, Juruá, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução assistida*. Bioética e Biodireito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em 22 jun. 2006.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 6. vol. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003.

Artigo recebido em julho de 2008 e aceito em novembro de 2008.
