

MARCOS EHRHARDT JÚNIOR
EROLTHS CORTIANO JUNIOR

Coordenadores

Prefácio

Gustavo Tepedino
Eroulths Cortiano Junior

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO
NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM A LUIZ EDSON FACHIN

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO
NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

ESTUDOS EM HOMENAGEM A LUIZ EDSON FACHIN

Belo Horizonte

FÓRUM

2019

DE VOLTA À FILHA DAS ESTRELAS: CONHECIMENTO DAS ORIGENS E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA

CARLOS NELSON KONDER

Naquele espaço a preencher, uma lacuna a colmatar, haviam colocado sete asteriscos, que pareciam pequenas estrelas que não iluminavam a falta do que devia estar em seus lugares. (FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 370)

1 Introdução

Em 2004, no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família ocorrido em Belo Horizonte, Luiz Edson Fachin propôs uma relevante reflexão intitulada *A filha das estrelas em busca do artigo perdido*. O objetivo da palestra – que se transformou em texto publicado nos anais daquele congresso – era fundamentalmente questionar a busca pela paternidade biológica como a verdadeira paternidade – cuja ausência gerava lacunas na certidão de nascimento identificada por asteriscos. Além disso, pretendeu e ressignificar os vínculos de socioafetividade, pois era essa pessoa sem nenhum liame consanguíneo quem, muitas vezes, exercia a paternidade e ocupava o lugar do pai na vida do filho, embora não estivesse na certidão de nascimento. Para tanto, o autor utilizou-se de uma pequena história que demonstrava a dimensão desta desvinculação de papéis e figuras de pai biológico e pai socioafetivo, cuja ausência de reconhecimento jurídico poderia causar efeitos danosos na vida do filho.

De lá pra cá, as ideias lançadas pelo autor se fortaleceram e se redimensionaram. A parentalidade socioafetiva é, sem dúvida, uma forte referência jurídica,¹ tendo ingressado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da cláusula geral de parentesco apta a abrigar novas possibilidades fáticas, positivada no art. 1.593 do Código Civil.² A socioafetividade impregnou de tal modo o direito de família que em 2016 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, cuja ideia inicial era investigar se o parentesco socioafetivo tinha supremacia sobre o biológico, aprioristicamente. A conclusão foi negativa: a análise da supremacia de um tipo de parentesco sobre o outro só pode ser feita à luz do caso concreto. Além disso, concluiu-se também pela possibilidade jurídica da multiparentalidade – ou seja, é possível a pessoa ter mais de 2 dois pais/mães em seu registro civil –, editando a tese nº 622: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.³

A partir disso, convém levar essas reflexões à fronteira desbravada pelas tecnologias de reprodução assistida. A procriação passa a poder se operar com a participação de múltiplos sujeitos, cindidos entre, de um lado, aqueles que contribuem com material genético e com a gestação e, de outro lado, os chamados beneficiários da técnica, que são os autores do projeto parental, ainda que não tenham vínculo biológico com a criança por nascer. Em consequência, colocam-se novamente – embora em outros termos – os conflitos relativos a vínculos socioafetivos e biológicos, quanto à filiação, bem como quanto ao direito de conhecimento das próprias origens, ligado à identidade pessoal. Cumprido, portanto, retomar a reflexão pioneira de Luiz Edson Fachin à luz dessas novas questões.

¹ João Baptista Villela foi responsável pela concepção da socioafetividade, inscrita em seu texto sobre a desbiologização da paternidade, de 1979 (VILLELA, João Baptista. Desbiologização de paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21, p. 400-418, 1979). Posteriormente, Luiz Edson Fachin desenvolveu e aprimorou as diretrizes do tema, como se nota por meio de suas reflexões em 1992: “Resente-se o Brasil de um necessário movimento de reforma legislativa que, partindo de um novo texto constitucional, possa organizar, no plano da legislação ordinária, um novo sistema de estabelecimento da filiação. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socio-afetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social. E no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside no serviço e no amor que na procriação. Esse sentido da paternidade faz eco no estabelecimento da filiação e, por isso, reproduzindo a modelar frase do Professor João Batista Villela, é possível dizer que, nesse contexto, há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional” (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 156). Suas ideias a respeito da filiação e de suas fontes foram consolidadas em sua tese de doutorado: FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

² FACHIN, Luiz Edson. Enunciando a família brasileira contemporânea. *Boletim IBDFam*, Belo Horizonte, v. 5, n. 30, p. 7, 2005.

³ Sobre o tema da multiparentalidade: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 10, p. 34-60, 2009; MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. *Civisfutura.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civisfutura.com/wp-content/uploads/2016/07/Matos-e-Hapner-civilistica.com-1-5-n-1-2016.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018; VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Multiparentalidade e as novas relações parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

2 Filiação na contemporaneidade: entre inovação e tradição

A filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo chamada de paternidade e maternidade, se analisada sob o enfoque dos pais. Esse foi o ângulo de interpretação do Código Civil de 1916: os filhos eram classificados segundo a relação dos pais.⁴ Apenas aqueles concebidos na constância do casamento eram os legítimos a alcançar direitos inerentes à condição de filho; os demais, conhecidos como ilegítimos, sempre tinham algum tipo de direito restringido. O grande marco de modificação dessa estrutura para possibilitar o acesso aos direitos foi a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 227, §6º, estabeleceu a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, desvinculando-os da situação conjugal dos pais, além de lhes vedar quaisquer designações discriminatórias. O sistema constitucional inaugura novos paradigmas para o direito de família, pois, além de estabelecer a pluralidade de entidades familiares e igualdade de gênero no interior da família, traz uma ampla igualdade – formal e material – no sistema de filiação, tanto sob aspectos existenciais quanto patrimoniais, na tentativa de incentivar e promover uma tutela que realize a personalidade das pessoas menores de idade pelos demais membros do núcleo familiar, notadamente os pais no exercício da autoridade parental.

Redimensiona-se, assim, o sistema de filiação, também em razão da absoluta prioridade garantida à criança e ao adolescente por meio do exercício de seus direitos fundamentais, previstos no art. 227 do texto constitucional e nos arts. 15-24 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que devem ser criados em uma família democrática, no âmbito da qual sua oitiva e participação devem ser promovidas pelos pais, sem prejuízo da condução por meio dos valores familiares que respeitem a personalidade dos filhos.

O advento da tecnologia promoveu uma grande revolução no interior da família, inclusive no planejamento familiar, na forma de concepção e gestação dos filhos. Continua possível a adoção, como meio clássico de se criar parentesco civil, mas outras formas estão a desafiar o intérprete a estabelecer nortes hermenêuticos em matéria de filiação.

A atribuição do *status* de filho pode se dar de diversas maneiras: a) por meio do estabelecimento de presunções (art. 1.597 do Código Civil); b) mediante reconhecimento voluntário; c) mediante reconhecimento judicial, que ocorre por meio das ações de estado. Esses meios de formação do vínculo de filiação abrangem suas fontes: biológica, socioafetiva e presumida.⁵ No entanto, mais do que isso, o desenvolvimento das biotecnologias tem causado perplexidade no que tange à formação jurídica do próprio vínculo de filiação, em razão dos variados processos e procedimentos, dos sujeitos envolvidos e das repercussões dessas variáveis na vida dos filhos, dos pais e de todos que, de algum

⁴ Tradicionalmente, a matéria fora tratada pelo legislador pátrio, na esteira de tradição milenar, mediante classificação decorrente da posição jurídica dos pais, estreitando-se os filhos gerados por pessoas casadas – filhos legítimos – daqueles provenientes de relações extramatrimoniais – filhos ilegítimos –, daí derivando efeitos diferenciados para a prole” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 475-476).

⁵ “A realidade (e o discurso que a explica) escapa dessa simplicidade e assume uma dimensão plural e complexa, dado que dilemas da vida e dos afetos indicam que as paternidades biológica, jurídica e socioafetiva podem ou não se focar em uma mesma pessoa” (FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al. (Coord.). *Aparentamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copernico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 266).

modo, participam do processo de concepção do filho e da construção e execução do planejamento familiar.⁶

E papel da doutrina, portanto, verificar o que pode ser aprendido com a tradição do direito de família e com os parâmetros estabelecidos até então para lançar bases coerentes com os princípios da família democrática nas inovações que a tecnologia desafia,⁷ a fim de construir um sistema de filiação condizente com os novos tempos e consentâneo com o exercício do direito fundamental ao planejamento familiar, que encontra limites na parentalidade responsável e na dignidade da pessoa humana.⁸

3 Do direito à filiação ao direito a conhecer as próprias origens: tornando-se sujeitos de sua própria história

A filiação é a raiz fundamental da autocompreensão do sujeito, na medida em que é o ponto de partida para a constituição da sua própria identidade. Entretanto, nas últimas décadas observou-se significativa expansão do alcance desse direito à construção da identidade pessoal. Ao lado das tradicionais categorias da imagem, da honra e do nome, algumas decisões italianas da década de 1970 deram impulso ao reconhecimento de um “direito de ser si mesmo”.⁹ Essa categoria, contudo, sofreu notável expansão, graças a influxos da psicologia, da antropologia e da sociologia, e ainda, dentro do direito, da filosofia do direito, do direito constitucional e, claro, do direito civil.

Com base nessa perspectiva ampliada, constatou-se que a identidade se forma no diálogo com o outro e que, portanto, o direito à identidade pessoal se constrói simultaneamente individual e coletivamente.¹⁰ Associa-se, dessa forma, o direito à identidade ao direito ao reconhecimento dessa identidade, na medida em que cumpre ao Estado e a sociedade a oferta dos meios adequados para que o sujeito possa, no âmbito

⁶ “Em conformidade com esse paradigma, a atuação do Estado revela-se equilibrada quanto à composição familiar: sua intervenção é traduzida em garantia de tutela das relações pessoais de família. Desse modo, o direito de planejar sua prole é deferido à autonomia dos indivíduos, e a atuação do Estado ocorre por meio de políticas públicas, definidas pela Lei 9263/96, para implementação de serviços de planejamento reprodutivo, de acesso a meios preventivos e educacionais de regulação da fecundidade e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis. Nestas políticas destaca-se a informação como fator que conduz o exercício de liberdade de compor a família, para que este não ocorra tão somente em termos formais” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: LIU, Alice Bark et al. (Org.). *Pela conquista de uma justiça sem fronteiras*. 1. ed. Curitiba: OAB Paraná, 2006. v. 3. Coleção Comissões – Comissão da Mulher Advogada. p. 334).

⁷ Luiz Edson Fachin fez um balanço dos avanços do Código Civil de 2002, ponderando os passos que poderiam ter sido dados. Sua crítica foi no sentido de que o Código já nasce desatualizado e excludente, ao não tratar, por exemplo, de biogenética, uniões estáveis em sentido amplo, família fraterna e filiação socioafetiva, embora reconheça que houve inovações, como a cláusula geral de parentesco socioafetivo do art. 1.593 e as presunções de filiação em caso de reprodução humana assistida (FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 95-122, 2005).

⁸ RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Características e consequências do exercício do livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. In: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 140-168.

⁹ CAMPOS, Lígia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://goo.gl/XcR6y6>. Acesso em: 19 jan. 2018.

¹⁰ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 166.

coletivo, viabilizar a construção de sua própria identidade.¹¹ Essa expansão está também ligada à insuficiência da técnica regulamentar, veiculada pelos chamados direitos da personalidade, para a tutela da pessoa humana, cumprindo voltar-se à cláusula geral de tutela da personalidade, consistente no princípio da dignidade da pessoa humana, que desempenha papel promocional.¹² Busca-se, com isso, assegurar de modo mais efetivo que a pessoa humana possa realmente tornar-se sujeito de sua própria história.

Esse processo expansivo passa a identificar, entre as prerrogativas necessárias ao adequado reconhecimento do direito à construção da identidade pessoal, o direito a conhecer as próprias origens. Para além da filiação – que já não mais se prende ao vínculo biológico ou genético – o autoconhecimento e a autocompreensão passam a demandar também a possibilidade de encontrar suas raízes, seus ascendentes genéticos, que lhe transmitiram as características que, de alguma forma, interferem com sua forma de estar no mundo. Nesse contexto, “o conhecimento do elo biológico, mesmo que não se torne um vínculo socioafetivo, é de grande relevância para vida de todo ser humano”.¹³

Trata-se da chamada identidade genética, direito que envolve não apenas a dimensão coletiva da espécie humana, consistente na tutela do genoma como patrimônio da humanidade, mas também a dimensão individual, referente às características genotípicas singulares daquele indivíduo.¹⁴ Assim, o acesso à ascendência genética faz parte da compreensão da individualidade biológica do sujeito e, portanto, pode ser abrangida no que parte do que se poderia referir como “bioconstituição”.¹⁵

O conhecimento dessa ascendência independente de filiação, já reconhecido na esfera da adoção, é colocado em xeque pelas técnicas de reprodução assistida, que, para além de facilitar a constituição de novas estruturas familiares, permite o desenvolvimento de novas arquiteturas da própria dinâmica da procriação. Se a identificação insuficiente da filiação, substituída pelos asteriscos no registro, lesionava a filha das estrelas na constituição de sua identidade pessoal, cabe investigar se os filhos das provetas, gerados no âmbito dos processos de procriação artificial, têm o direito de conhecer aqueles sujeitos

¹¹ Sobre o tema, v. TAYLOR, Charles. *La política del reconocimiento*. Multiculturalismo y la política del reconocimiento. Madrid: Fondo Económico de Cultura, 1993. p. 43-107; FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: <https://goo.gl/Tt3VFm>. Acesso em: 21 jan. 2018; e, entre nós, SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 241.

¹² KONDER, Carlos Nelson. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, p. 1-11, 2018. Sobre a cláusula geral de tutela da personalidade, v. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25-62.

¹³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e útero de substituição. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (Coord.). *Biogenética e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 318. Na mesma linha: “Todo ser humano possui, além do desejo investigatório natural, o direito de conhecer as próprias origens, de onde herdou determinadas características, etc.” (HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 200).

¹⁴ XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 59.

¹⁵ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Bertesi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 33-65, jan./jun. 2010. p. 63. Para aprofundamento no conceito de “bioconstituição” e sua relação com a identidade genética, v. o pioneiro BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, p. 88-92, jul./set. 2000.

que participaram do projeto procriativo, contribuindo seja para sua herança genética, seja para o processo gestacional.

4 Arquiteturas da procriação: as técnicas de reprodução assistida

Originalmente concebidas para contornar problemas de infertilidade entre casais, as técnicas de reprodução assistida se tornaram instrumentos de realização do direito fundamental ao planejamento familiar.¹⁶ Entidades familiares que não se adequavam ao modelo tradicional puderam, graças às técnicas de reprodução assistida, realizar o projeto parental de gerar descendentes. Nessa seara, destaca Luiz Edson Fachin: “No planejamento familiar, a presença do Estado deve se nortear pelos ditames de uma sociedade democrática, com respeito à diversidade e com a proteção daqueles que são justos destinatários de guarda”.¹⁷

Consequentemente, garantida constitucionalmente a livre decisão do planejamento familiar, deve ser assegurada a possibilidade de uso de métodos artificiais de procriação para esse fim.¹⁸ Nas palavras pioneiras de Stefano Rodotà:

Temos uma tecnologia que expande as possibilidades de escolha individual e que não pode ser considerada apenas como um remédio para a infertilidade, mesmo que tenha nascido e se desenvolvido precisamente neste terreno. Seria uma construção autoritária limitada às suas fronteiras originais.¹⁹

A técnica mais básica é a inseminação artificial, pela qual o sêmen é colhido e implantado diretamente na gestante. Essa técnica foi originalmente desenvolvida para contornar dificuldades de fertilização, beneficiando casais heteroafetivos, de modo que o sêmen era colhido do marido ou companheiro e implantado na esposa ou companheira (inseminação homóloga). A expansão dos espaços de autonomia reprodutiva e planejamento familiar permitiu que se extravasasse esse modelo tradicional, por meio da chamada inseminação heteróloga, ou seja, com material de doador externo. Isso viabilizou o benefício não somente para o caso de infertilidade do marido ou do companheiro, mas também para casais homoafetivos, famílias monoparentais e outras estruturas familiares.

¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, C. A. M., TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. P. (Coord.). *Notas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 779. Para balizas hermenêuticas sobre o direito ao livre planejamento familiar, com interface na reprodução assistida e no aborto: RODRIGUES, Renata de Lima. *Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar*. Como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos? 2015. 228f. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Reformas de que o Brasil precisa: as três fronteiras da democracia. In: CONFERÊNCIA ESTADUAL DOS ADVOGADOS, V. *Anais*... Curitiba: OABPR, 2010. p. 37.

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biociologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 311.

¹⁹ RODOTÀ, Stefano. Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive. In: FERRANDO, Gilda (Coord.). *La procreazione artificiale tra etica e diritto*. Padova: Cedam, 1989. p. 138. No original “Abbiamo una tecnologia che amplia le possibilità di scelta individuale e che non può essere considerata soltanto come rimedio alla sterilità, anche se è nata e si è sviluppata proprio su questo terreno. Ma sarebbe una forzatura autoritaria costringerla nei suoi confini originari”.

A difusão do procedimento, graças à sua simplicidade, também tem contribuído para sua utilização fora do ambiente clínico, popularizando-se a utilização informal da “inseminação caseira”, em que o doador é buscado em redes sociais e o procedimento é realizado “a fresco”.²⁰ O método é preocupante, já que afasta os controles sanitários que são impostos aos laboratórios e clínicas, mas deve ser compreendido como parte do exercício legítimo da autonomia existencial, reconhecida “a existência da liberdade de autodeterminar-se em matéria de saúde, tendo a pessoa exclusivo poder de liberdade sobre seu corpo”.²¹

Em combinação com a gestação substituta, como se observará, não há limite para as possíveis arquiteturas pelas quais o projeto procriacional pode com esses recursos se estruturar. É o que se percebe pela notícia de mulher que, não conseguindo lidar com a morte do filho, conseguiu autorização para que o sêmen que ele deixou congelado fosse implantado em uma gestante substituta, de modo a lhe gerar um neto.²² A possibilidade de procriação com base em sêmen doado foi a contribuição científica que colaborou para a ruptura do paradigma que associava a parentalidade à conjugalidade. Para essa revolução contraceptiva, como destacado por Bruno Lewicki, foi necessário o entrelaçamento de dois fatores: a revolução dos costumes e a evolução da ciência.²³ Sintetiza Fachin, “a inseminação sugere nova família, não captada pelo reducionismo do Código Civil”.²⁴

O desenvolvimento da tecnologia reprodutiva foi além da inseminação artificial, ao viabilizar a técnica de fertilização *in vitro*, pela qual tanto o sêmen como o óvulo são colhidos e fertilizados em ambiente extracorpóreo, criando-se o embrião, portanto, fora do útero da gestante. Somente após sua formação, será o embrião implantado na gestante, para seu desenvolvimento. Assim, já de plano, a técnica permite não apenas que o gameta masculino seja externo ao(a)s beneficiário(a)s, mas também o gameta feminino. Entretanto, essa não é a única repercussão da fertilização *in vitro* para as possíveis arquiteturas procriativas.

Tendo em vista a taxa de sucesso extremamente baixa desse procedimento, e considerando que sua etapa mais custosa se encontra na coleta dos óvulos – que envolve hiper-hormonização da mulher para a produção de óvulos adicionais –²⁵ a praxe é produção de diversos embriões *in vitro* de uma única vez. Para equilibrar a maximização das chances de sucesso com os riscos de múltipla gestação, a resolução do Conselho Federal de Medicina em vigor permite a implantação de dois a quatro embriões de uma

²⁰ ZYLBERKAN, Mariana. Inseminação caseira ganha impulso com pai ‘real’ e custo quase zero. *Folha de S. Paulo*, 15 out. 2017. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1927109-inseminacao-caseira-ganha-impulso-com-pai-real-e-custo-quase-zero.shtml>. Acesso em: 17 maio 2018; LEMOS, Vinicius. Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. *BBC Brasil*, 29 nov. 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205?ocid=wsportuguese.chat-apps.in-app-msg.whatsapp.trial.link1_auin>. Acesso em: 17 maio 2018.

²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 379.

²² MULHER usa sêmen do filho morto e barriga de aluguel para se tornar avó. *BBC Brasil*, 24 fev. 2018. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469>. Acesso em: 18 maio 2018.

²³ LEWICKI, Bruno. O homem construível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 100-101.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 59.

²⁵ Sobre os aspectos técnicos do procedimento, v. ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biociologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 229-247.

vez, conforme a idade da gestante, restando os demais congelados.²⁶ Dessa forma, a fertilização *in vitro* permite que o próprio embrião, concebido de forma extracorpórea, seja objeto de doação.

Conseqüentemente, a fertilização *in vitro* já de início duplica as arquiteturas possíveis para o projeto procriacional, pois sua forma heteróloga pode ocorrer tanto pela doação de sêmen, como pela doação de óvulo. Exemplificativamente, a Resolução CFM nº 2.168/2017 expressamente prevê a chamada “gestação compartilhada”, pela qual “o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”. Além disso, a citada resolução prevê a controversa possibilidade de “doação compartilhada de oócitos”, pela qual “doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento”, colocando em xeque a gratuidade da doação, já que a doadora, em consequência, terá o desconto de pelo menos metade dos altos gastos que o procedimento demanda.²⁷ Em síntese, a criança pode ser gerada com base em sêmen oriundo de doador anônimo, ou de óvulo de doadora anônima, de ambos, ou ainda de embriões criopreservados, sobressalentes do uso da técnica por outros beneficiários.

Ademais, a criopreservação insere nessa equação o fator tempo, tornando suas repercussões ainda mais complexas. Viabiliza-se, dessa forma, que o nascimento ocorra muito tempo depois da concepção, e mesmo depois que os doadores do material já tenham falecido.²⁸ Essa situação gera inúmeras repercussões patrimoniais, como vem sendo analisado, no âmbito do direito sucessório, quanto à chamada herança *ad tempus*.²⁹ Gera igualmente, todavia, a necessária impossibilidade de a criança vir a conhecer seus ascendentes.

Enfim, a terceira técnica de reprodução assistida é a gestação substituída, pela qual o embrião ou sêmen são implantados na gestante, para que ela leve a cabo a gravidez e, nascida a criança, seja entregue aos beneficiários. Como se observa, a técnica pode combinar-se com a inseminação artificial, caso em que a gestante também é indiretamente doadora de óvulo, sendo genitora genética da criança (“maternidade substituída”), ou com a fertilização *in vitro*, caso em que poderá interferir somente no processo gestacional

²⁶ Resolução CFM nº 2.168/2017: “1.7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro”.

²⁷ Resolução CFM nº 2.168/2017, IV.9. Thamís Dalsenter Viveiros de Castro faz importante reflexão sobre esse tipo de negócio jurídico: “Nessa hipótese, a autonomia existencial da doadora é instrumentalizada para a realização de dois interesses distintos: por um lado, o seu próprio interesse patrimonial, representado na vantagem econômica que lhe é oferecida, e por outro a satisfação dos anseios existenciais alheios aos dela. Daí porque esse tipo de negócio não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que a cláusula que impõe a doação de óvulos como condição para realização de procedimentos médicos com preço reduzido ou mesmo gratuitamente é absolutamente ilícita, vez que viola frontalmente a cláusula geral de bons costumes” (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 250-251). Interessante reflexão para desconstruir a premissa da gratuidade foi feita por: RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Gestação de substituição como negócio jurídico existencial e/ou patrimonial*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

²⁸ Resolução CFM nº 2.168/2017: “VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM. É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

²⁹ Sobre o tema, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Herança legítima ad tempus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

(“gestação substituída propriamente dita”). Ainda que não tenha vínculo genético nesse caso, deve-se ter em mente que a ligação estabelecida durante as semanas de gestação pode ser relevante para fins de autocompreensão, como será analisado no próximo item.

5 As novas imagens sem rosto: doadores de sêmen, óvulos e embriões, gestantes substitutas e “beneficiários da técnica”

Tendo em vista que o planejamento familiar é o grande pano de fundo da utilização dessas novas técnicas de reprodução assistida – que tem como objetivo final a criação e o estabelecimento de um vínculo de filiação, preferencialmente com liame consanguíneo com um dos membros do casal – e uma vez estabelecida a importância do direito à identidade pessoal, questiona-se se o registro de nascimento deve refletir toda a história, com todas as pessoas que participaram desse processo para o alcance desse “sonho da filiação”.³⁰

Sob esse pano de fundo, a doutrina trata mais comumente do conflito entre o direito de conhecer as origens e o direito ao anonimato. Essa discussão, muito inspirada nas mudanças legislativas operacionalizadas no instituto da adoção, positivou o direito de conhecer as origens sem que isso gerasse vínculo parental.³¹ A ideia iniciou-se tendo questões de saúde como justificativa: era necessário saber suas origens em virtude de alguma necessidade de obter algum órgão compatível, ou compreender alguma doença genética, por exemplo; a partir daí, esse direito evoluiu para que o conhecimento das origens tivesse por função preencher uma lacuna a partir de uma demanda psicológica de autocompreensão de determinados aspectos da própria identidade, constituindo-se em um direito da personalidade. No entanto, conhecer sua origem não fazia com que o genitor ou doador de sêmen se tornasse seu parente, o que reforçou a distinção entre pai e ascendente biológico,³² de modo que o fato de a pessoa saber sua ascendência não gera efeitos sobre a relação de parentesco.

³⁰ Não obstante a busca pela realização do projeto parental, há registros de abandono de filhos concebidos pela utilização da técnica de reprodução assistida, que, a princípio, são muito desejados, haja vista o custo financeiro, biológico, físico e emocional para realização desse projeto parental. Registrou-se em Curitiba o abandono de triêmios ainda no hospital, por alegada falta de acompanhamento psicológico dos pais (MORAIS, Andréa; RIBEIRO, Diego. Caso de abandono de triêmios causa polêmica sobre gravidez induzida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 1º abr. 2011. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/caso-de-abandono-de-triêmios-causa-polemica-sobre-gravidez-induzida-3wclt6v1f0nvticr8t8xphq?>. Acesso em: 28 maio 2018).

³¹ Art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrevogável 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”.

³² “Em diversos trabalhos, desde 1999, procuramos salientar a distinção necessária que se há de fazer entre o direito ao reconhecimento à parentalidade (paternidade, maternidade, filiação e demais relações de parentesco) e direito ao conhecimento da origem genética ou biológica. O primeiro diz respeito ao direito da personalidade, de caráter absoluto e oponível a todas as demais pessoas. O segundo emerge das relações de família. [...] Se são distintos os direitos (direito da personalidade e direito de família), então não se pode pretender a obtenção do conhecimento da origem genética mediante ação de investigação de paternidade. O que se busca é esclarecer a origem genética, mas não a atribuição de paternidade ou maternidade, ou a negação da parentalidade já constituída. Quando uma pessoa que foi adotada pugna por conhecer sua origem genética e consegue seu intento, disso não resulta o desfazimento da relação parental/filial. Do mesmo modo, se tiver sido concebido a partir de sêmen de homem que não é seu pai. Pode-se afirmar que as situações de genitor biológico e de pai nem sempre estão reunidas” (LÓBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. *Revista Consultor Jurídico*, 14 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>. Acesso em: 4 jun. 2018).

O direito de conhecer as origens genéticas para efeitos de filiação foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Foi reconhecida repercussão geral em caso que discutia a possibilidade de novo ajuizamento de ação de investigação de paternidade, quando já existente igual demanda entre as mesmas partes, cujo pedido foi julgado improcedente por falta de provas, mesmo se já possível exame de DNA, mas se a parte não tinha condições financeiras de custeá-lo. Nessa hipótese, entendeu-se pela relativização da coisa julgada, sem que sejam impostos óbices processuais

ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.³³

Nesse julgamento, chegou-se ao tema de nº 392: “Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face da viabilidade de realização de exame de DNA”.

Esse caso difere das hipóteses que serão discutidas, tendo em vista que o objetivo central do caso julgado pelo STF foi a identificação da paternidade biológica. Frisou-se que se tratava de “hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada”. O art. 1.597 do Código Civil estabelece os casos de presunções de filiação, quando se utiliza técnicas de reprodução humana assistida, seja ela homóloga ou heteróloga, ou seja, os critérios para o estabelecimento do parentesco estão claros na lei – embora ainda sujeitos a problemas hermenêuticos.³⁴ O que ora se investiga é saber se as questões colaterais que tangenciam a maternidade ou paternidade devem ser objeto do registro – seja o registro civil ou de algum registro – por compor a identidade, a história daquele gerado por meio dessas novas tecnologias. O manejo das técnicas de reprodução humana assistida demanda uma reflexão sobre a necessidade de ampliação desse direito de conhecer as origens, para que ele abranja a história da filiação, da concepção, da participação de terceiros no processo reprodutivo.

³³ STF. RE nº 363.889/DF. Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 2.6.2011.

³⁴ Para exemplificar um dos desafios interpretativos do referido artigo, a gestação de substituição não foi expressamente contemplada pelo art. 1.597 CC, mas pode-se dele extrair sua possibilidade, a partir da aplicação do princípio da igualdade ao inc. V do art. 1.597, por exemplo, embora seja possível utilizar material genético do próprio casal. O que diferencia essa técnica é a gestação da criança em ventre de outrem, independentemente de quem seja o material genético. Inexiste instrumento legislativo que aborde o tema, regulado pela Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina. Esta estabelece que se trata de procedimento gratuito e que pode ter como receptores dos óvulos apenas parentes até quarto grau daqueles que lançaram mão dessa técnica e são autores do projeto parental. Não obstante o silêncio legislativo, o CNJ editou o Provimento nº 63/2017 – que revogou o de nº 52/2016 que iniciou calorosos debates sobre o tema –, a fim de determinar como será feito o registro da criança pelos pais que, ciosos por um filho, utilizaram essa técnica, de modo que, tacitamente, instituem que são os autores do planejamento familiar – independentemente dos vínculos biológicos – os pais da criança. Não obstante os questionamentos sobre a competência do CNJ para tratar o tema, tais definições são relevantes, na medida em que não se pode deixar ao casuísmo os critérios para se estabelecer os vínculos parentais em hipóteses de conflito positivo ou negativo de maternidade; mesmo porque os critérios adotados são os mais acertados. Sobre o tema, remete-se a SA, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Registro civil de crianças nascidas de gestação de substituição no Brasil: uma análise a partir de julgamentos pelo Tribunal Supremo Espanhol. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI EM BRASÍLIA/DF – BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS, XXV. Anais... Florianópolis: Conpedi, 2016, p. 31-32. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0in48ht/tvu73618/QGFVxviiu3RwFCtp.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

Discute-se se o filho gerado por meio de reprodução assistida heteróloga tem o direito de saber quem foi o doador do gameta – sem que isso gere vínculo de parentesco, insista-se, mas que preencha eventual demanda do filho para conhecer suas origens, como legítimo exercício de direito da personalidade.³⁵ O debate surge em razão de ser comum cláusula que resguarde o anonimato do doador de gametas em negócios jurídicos que versam sobre reprodução assistida nas respectivas clínicas. Exsurge então um conflito de situações jurídicas existenciais: por um lado, o filho tem o direito de saber sua origem genética como direito da personalidade; por outro, o doador do gameta pode não querer ter sua identidade divulgada, protegido por cláusula contratual com a clínica de reprodução.

Ante o silêncio legislativo, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, inc. IV, nº 2, preceitua que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”.³⁶ Essa disposição é reforçada nos contratos através de cláusula em que os contratantes se comprometem a nunca procurar identificar o doador, assim como a clínica nunca deverá revelar suas identidades. Não obstante doutrinariamente defende-se o direito ao conhecimento da origem genética, muito se argumenta sobre os riscos que esse conhecimento pode gerar, dificultando a inserção da criança na família ou gerando interesses ou expectativas do filho ou do doador na formação de vínculo, que poderia gerar frustrações ou dificuldades que o anonimato preservaria, principalmente em se tratando de filho menor.³⁷

Existem alguns projetos de lei, que tramitam há alguns anos, que também abordam a questão.³⁸ Discute-se, portanto:

³⁵ Pode-se afirmar que o fortalecimento da distinção entre pai e ascendente genético é uma tendência, tanto é que o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça previu expressamente: “Art. 17. §3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida”.

³⁶ Esse sempre foi o entendimento do CFM, desde a primeira resolução sobre o assunto, em 1992 (nº 1.358, item 3), bem como da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Resolução da Diretoria Colegiada nº 23, de 27.5.2011, art. 15, que assim dispõe: “Art. 15 A doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: §1º Toda a informação relativa a doadores e receptores de células, tecidos germinativos e embriões deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo. §2º Não pode ser facilitada nem divulgada informação que permita a identificação do doador ou do receptor. §3º Na doação anônima, o receptor não pode conhecer a identidade do doador, nem o doador a do receptor. §4º As autoridades de vigilância sanitária podem ter acesso aos registros para fins de inspeção e investigação. §5º Em casos especiais, por motivo médico ou jurídico, as informações sobre o doador ou receptor podem ser fornecidas exclusivamente para o médico que assiste o receptor, resguardando-se a identidade civil do doador”.

³⁷ “Vale, pois, ressaltar que a doação de gametas (esperma + óvulo) não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandonada e, outrem, sem arrependimento, nem possibilidade de retorno. E, conforme se afirmou acima, medida de generosidade, medida filantrópica” (LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 145).

³⁸ “Na mesma linha da Resolução 2.121/2015 do CFM, estão o PL 2061/2003 [arquivado] (art. 10, II) e o PL 1135/2003 (art. 11, II), já o PLS 90, em sua versão inicial, previu não só o direito da criança de conhecer o doador quando atingir a maioridade ou quando da morte dos pais (art. 12, *caput*), mas também, no caso de não haver registro civil do ‘pai legal’ (contratante), a prerrogativa da criança ou do doador de obter o reconhecimento de paternidade na forma da lei (art. 12, §1º). Neste sentido também dispõem o PL 120/2003, que visa a acrescentar o art. 6º-A na L. 8.560/92 para assegurar a investigação de paternidade ao nascido através de procriação assistida, e o PL 4.686/2004, que pretende a alteração do Código Civil vigente para a inclusão de um art. 1.597-A, que obrigaria as clínicas a manter em arquivo sigiloso a identidade do doador, franqueando à pessoa nascida do processo acesso a qualquer tempo a esta informação, diretamente ou por meio de representante legal, mas grifa, no §3º do dispositivo, que a referida paternidade biológica não gera direitos sucessórios. [...] O substitutivo do PLS 90 adota o entendimento de que o desencorajamento ao uso irremediável da técnica não deve ser feito mediante tal

a licitude da cláusula contratual que garante o sigilo do doador de sêmen, vale destacar a tendência de certos bancos de sêmen instituírem contratos de inseminação heteróloga diferenciados, nos quais os doadores abrem mão do sigilo e permitem a sua identificação futura perante a criança – sem com isso produzir vínculos de parentesco. Nestes casos, em que o doador declara, quando catalogado no banco de sêmen, se permite sua futura identificação, estatísticas americanas revelam que cerca de 80% das pacientes optam pelos doadores que se manifestam positivamente neste sentido.³⁹

Embora o direito ao conhecimento da origem genética como direito da personalidade não seja simétrico ao direito ao anonimato do doador, ante o vácuo legislativo é necessário garantir alguma segurança aos doadores de material genético, até para assegurar que pessoas continuem exercendo esses papéis que são essenciais para a realização dos procedimentos.

A discussão sobre o assunto ganhou novo corpo com a edição do Provimento nº 52/2016 pelo Conselho Nacional de Justiça que, em seu art. 2º, II, e §1º, determinava que o registro da criança nascida a partir de doação de gametas poderia ser feito exclusivamente por meio da apresentação de declaração do diretor técnico da clínica de reprodução assistida contendo, entre outros dados, o nome do(a) doador(a) (art. 2º, II), bem como de termo de consentimento prévio pelo(a) doador(a) autorizando expressamente que o registro da criança se dê em nome de outrem, que deverá ser feito por instrumento público. A disposição priorizava, portanto, o direito ao conhecimento da origem genética em detrimento do anonimato do doador.⁴⁰

Ao mesmo tempo que determinava que o diretor técnico da clínica deveria informar o nome do doador do gameta – para garantia da eventual e futura identificação biológica – a mesma resolução previa que, quando fosse o caso da gestação de substituição, não constaria do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo (art. 2º, §2º). Tendo em vista que a relação de paternidade e maternidade – e, por via reflexa, a de filiação – está muito mais ligada à concepção de um projeto parental, a resolução estava correta ao afirmar que a parturiente, por não ser a mãe, não deverá constar do registro de nascimento.⁴¹

O provimento, no entanto, foi alterado posteriormente por outro, o de nº 63/2017, cujo art. 8º dispõe que “o oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro

tratamento jurídico. Foi trilhado então o caminho oposto ao do projeto inicial: atribuiu-se a paternidade aos pais legais da criança, irrevogável desde a origem do embrião (arts. 18 e 20) e excluiu-se qualquer direito ou vínculo deste tipo do doador (art. 19), independentemente da morte dos pais legais (art. 21). Ficaram ressalvados apenas o acesso a informações médicas para fins de transplantes e os impedimentos matrimoniais” (KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 247-268, 2001).

³⁹ KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 247-268, 2001, p. 256.

⁴⁰ Sobre o tema, SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. O impacto do Provimento nº 52/2016 do CNJ na garantia de anonimato a doadores de gametas no Brasil: necessidade de uma definição. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda; LIMA, Renata Mantovani de (Org.). *Direito civil na contemporaneidade*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 4, p. 97-124.

⁴¹ Essa orientação foi mantida no Provimento nº 63, que reformou o Provimento nº 52: “Art. 17, §1º. Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida”.⁴² Ou seja, o CNJ recuou quanto à divulgação ao cartório, no momento do registro, a respeito dos dados biológicos da criança fruto de reprodução assistida. É o momento, portanto, de suscitar as reflexões aqui propostas: (i) será necessário que tais informações estejam presentes em algum registro ou algum repositório que possa ser consultado, para que, em algum momento, o filho (se quiser) possa acessar essas informações, na linha da formação e construção da própria identidade; (ii) em caso positivo, seria o registro de nascimento o local mais adequado para abrigar esses dados, pois, em razão da sua publicidade, talvez não seja a sede mais apropriada para guardar essas informações tão íntimas que revelam dados tão sensíveis da história individual da pessoa humana. Compreendem-se por informações a serem preservadas para posterior consulta o direito do filho de saber que houve reprodução assistida e o direito a saber quem foram os participantes – sejam doadores de gametas ou uma terceira pessoa que gerou a criança por meio de gestação de substituição.

Entende-se que é importante que essas informações possam estar acessíveis à pessoa para que haja a completa formação da sua identidade e personalidade, se for essa uma demanda pessoal em algum momento de sua vida, desde que tenha discernimento ou condições de compreensão da situação. Na linha do que foi estabelecido pelo art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, trata-se de informação acessível a qualquer pessoa maior de idade; se houver uma necessidade de acesso a essas informações antes de completar 18 anos, este é possível, uma vez garantida orientação e assistência jurídica e psicológica.

Não há razões para que seja ocultada da pessoa a história da sua concepção e da formação do projeto parental no qual ela foi inserida. Para tanto, entende-se necessário a elaboração de um cadastro – que não seja público e só acessível pela própria pessoa – que esteja sob a responsabilidade e cuidados de alguma associação nacional de tabeliães ou registradores (como exemplo, o Colégio Notarial do Brasil) ou do Conselho Federal de Medicina. Como os desdobramentos desse cadastro podem ser a busca por conhecer pessoalmente os participantes envolvidos na técnica – inclusive estreitando os laços que poderiam gerar a formação de socioafetividade e, aí sim, eventualmente um vínculo parental (e não simplesmente pela identificação genética) – é essencial que haja lei disciplinando a matéria, pois, no vácuo legislativo atual, a quebra do anonimato, que é previsto na resolução e é cláusula do contrato, poderia inviabilizar o próprio acesso à técnica.

6 Conclusão

Tendo em vista a consolidação do sistema de filiação com uma abertura à triplíce fonte de parentesco – presunções, consanguinidade e socioafetividade – os conceitos de

⁴² Essa disposição é reforçada pelo art. 17 do mesmo provimento: “Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: I – declaração de nascido vivo (DNV); II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal”.

paternidade e maternidade estão baseados cada vez mais no planejamento familiar, de modo que, ante essa gama de alternativas, o registro deve refletir a história do filho – tanto é que, atualmente, permite-se a multiparentalidade, de modo que o registro do nascimento reflita a história parental do filho, cumprindo a sua função: “o registro está onde sempre esteve: continua a ser a memória dos fatos jurídicos. Nada indica que tenha passado à condição de prontuário da fenomenologia biológica”.⁴³

O que se propôs neste artigo foi uma revisitação das ideias de Luiz Edson Fachin, ao escrever sobre a filha das estrelas. À época de sua palestra, em 2004, sua intenção foi questionar o lugar de ausência do pai, que era substituído por asteriscos nas certidões de nascimentos, de modo que as “estrelas” refletiam uma lacuna da filiação biológica, mas que, na vida real daquele filho, poderia estar preenchida por vínculos de socioafetividade.

O objetivo foi alargar esse espectro, para abranger não só os pais, mas todas as pessoas que influem no processo reprodutivo, não se restringindo apenas à filiação, mas ao direito a conhecer as próprias origens. Afinal, diante dessas técnicas, mesmo que a certidão tenha um nome de pai e um nome de mãe (ou de dois ou mais pais e mães), muitas vezes não tem o nome de pessoas que tiveram um papel relevante no processo. O asterisco era, por assim dizer, o reconhecimento expresso de um segredo, de uma omissão. Atualmente, os filhos da reprodução assistida têm ocultados nomes e procedimentos, escolhas de um projeto parental que só ficam nos registros médicos. Por isso, buscou-se investigar se a pessoa tem direito de saber quem foi o doador de sêmen, de óvulo ou do embrião, ou quais as características foram selecionadas para a criança. Será que a identidade dessas pessoas fica incompleta sem conhecer sua historicidade, como a filha das estrelas?⁴⁴

A resposta é positiva. A partir de uma demanda ou de uma necessidade pessoal, esses dados podem ser importantes para se assegurar a construção da própria identidade. No entanto, parece que o registro civil não é o local para abrigar essas informações, em razão de se tratar de dados sensíveis, de maior intimidade da pessoa. Sugeriu-se a criação de um repositório sob a responsabilidade do Conselho Federal de Medicina ou de alguma associação nacional de notários e registradores, acessível unicamente ao filho maior de idade ou, se menor, com garantia de sua orientação e assistência jurídica e psicológica.

Como o acesso a esses dados implica a quebra do anonimato dos doadores e dos participantes do procedimento, é necessário que haja lei para disciplinar a matéria, pois atualmente a não identificação desses participantes pode ser objeto de cláusula de contrato de reprodução humana assistida, celebrado entre ele e a clínica. A disciplina legal da matéria é imperativa, para assegurar que pessoas que busquem esses dados para a construção da sua identidade pessoal não continuem nesse lugar de filhas de estrelas, sem informações suficientes. Em conclusão:

⁴³ VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstição. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 2, jul./set. 1999, p. 139.

⁴⁴ “Em suas mãos carregava a prova de que sua pretensão era legítima: uma certidão do escritório de registro de nascimentos. Nela, um espaço a preencher com um nome próprio, o pai, aquele que nunca conhecera, aquele que mesmo estando sempre ausente havia estado sempre tão presente, ali, perto, ao lado, numa imagem sem rosto, mas que tinha cheiro e jeito, sempre imaginados e a todo o momento recriados” (FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370).

Descobre-se, então, que a esfera jurídica é vital no debate da bioética e que a discussão sobre a crise de valores passa pelo jurídico, por isso mesmo o Direito não pode, realmente, ser uma evidência perante a qual devemos nos adaptar ou nos acostumar. É uma construção contínua e incessante, não dogmática e reflexiva, o Direito contemporâneo.⁴⁵

Referências

- ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 32, p. 88-92, jul./set. 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. P. (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2006 Disponível em: <https://goo.gl/XcR6y6>. Acesso em: 19 jan. 2018.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. A filha das estrelas em busca do artigo perdido. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. Enunciando a família brasileira contemporânea. *Boletim IBDFAm*, Belo Horizonte, v. 5, n. 30, p. 7, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 95-122, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. Reformas de que o Brasil precisa: as três fronteiras da democracia. In: CONFERÊNCIA ESTADUAL DOS ADVOGADOS, V. *Anais*... Curitiba: OABPR, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulth et al. (Coord.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: análise do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Luiz Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: <https://goo.gl/Tr3VFm>. Acesso em: 21 jan. 2018.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Herança legítima ad tempus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- HATEM, Daniela Soares. Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida. In: SA, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17.

- KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 247-268, 2001.
- KONDER, Carlos Nelson. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, p. 1-11, 2018.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LEITE, Eduardo Oliveira. *Practicas artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LEMOS, Vinicius. Os brasileiros que doam sêmen para inseminações caseiras. *BBC Brasil*, 29 nov. 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-42145205?ocid=wsportuguese.chat-apps.in-app-msg.whatsapp-trial.link1_auin>. Acesso em: 17 maio 2018.
- LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LÔBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. *Revista Consultor Jurídico*, 14 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>>. Acesso em: 4 jun. 2018.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk; HAPNER, Paula Aranha. Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Matos-e-Hapner-civilistica-com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.
- MORAIS, Andréa; RIBEIRO, Diego. Caso de abandono de trigêmeas causa polêmica sobre gravidez induzida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 1º abr. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/caso-de-abandono-de-trigemeas-causa-polemica-sobre-gravidez-induzida-3wcltv6if0nviicr8qrbxphq>>. Acesso em: 28 maio 2018.
- MULHER usa sêmen do filho morto e barriga de aluguel para se tornar avó. *BBC Brasil*, 24 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469>>. Acesso em: 18 maio 2018.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: LIU, Alice Bark et al. (Org.). *Peça conquista de uma justiça sem fronteiras*. 1. ed. Curitiba: OAB Paraná, 2006. v. 3. Coleção Comissões – Comissão da Mulher Advogada.
- REITORE, Anna Cristina de Carvalho. *Gestão de substituição como negócio jurídico existencial e/ou patrimonial*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- RODOTÀ, Stefano. Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive. In: FERRANDO, Gilda (Coord.). *La procreazione artificiale tra etica e diritto*. Padova: Cedam, 1989.
- RODRIGUES, Renata de Lima. *Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar*. Como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos? 2015. 228f. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.
- RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Características e consequências do exercício do livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. In: RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.
- RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 10, p. 34-60, 2009.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; REITTORE, Anna Cristina de Carvalho. Registro civil de crianças nascidas de gestação de substituição no Brasil: uma análise a partir de julgamentos pelo Tribunal Supremo Espanhol. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI EM BRASÍLIA/DF – BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS, XXV. Anais... Florianópolis: Conpedi, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0i48h0/tvu736t8/QGFVxviiu3ikwFCip.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; REITTORE, Anna Cristina de Carvalho. O impacto do Provimento nº 52/2016 do CNJ na garantia de anonimato a doadores de gametas no Brasil: necessidade de uma definição. In: POLLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda; LIMA, Renata Mantovani de (Org.). *Direito civil na contemporaneidade*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. v. 4.

- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; THIESEN, Adriane Berkesi. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 33-65, jan./jun. 2010.
- TAYLOR, Charles. *La política del reconocimiento*. Multiculturalismo y la política del reconocimiento. Madrid: Fondo Económico de Cultura, 1993.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e útero de substituição. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliano Fernandes (Coord.). *Biocetologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Multiparentalidade e as novas relações parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização de paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 21, p. 400-418, 1979.
- VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstição. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 2, jul./set. 1999.
- XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ZYLBERKAN, Mariana. Inseminação caseira ganha impulso com pai 'real' e custo quase zero. *Folha de S. Paulo*, 15 out. 2017. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/19/1927109-inseminacao-caseira-ganha-impulso-com-pai-real-e-custo-quase-zero.shtml>>. Acesso em: 17 maio 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. De volta à filha das estrelas: conhecimento das origens e reprodução assistida. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroultis (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 671-687. ISBN 978-85-450-0562-9.