

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA IMPOSSIBILIDADE DOS FILHOS NASCIDOS ATRAVÉS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA CONHECEREM SUA ORIGEM GENÉTICA.

WLADEMIR PAES DE LIRA¹

Resumo: O presente texto tem o objetivo de analisar o confronto dos direitos fundamentais dos pais ao estabelecimento de filiação através da inseminação artificial heteróloga, do doador de material genético ao anonimato e dos filhos gerados por essa técnica de conhecer sua origem genética, e se, no caso da impossibilidade destes ter acesso a sua história biológica, pode gerar danos indenizáveis a serem suportados pelos pais.

Palavras-Chave: Direito fundamental à filiação; Inseminação artificial heteróloga; Origem genética; Responsabilidade civil.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Doutorando pela Universidade de Coimbra, Juiz de Direito, Professor da Universidade Federal de Alagoas e da Escola Superior da Magistratura de Alagoas, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões em Alagoas — IBDFAM/AL e Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil — IBERC, e-mail: wplira@uol.com.br, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3908553455424357>

Abstract: This text aims to analyze the confrontation of the fundamental rights of parents to establish affiliation through heterologous artificial insemination from the donor of the genetic material to anonymity and also from the children generated by this technique that allows them to know their genetic origins. Therefore, this article will examine the civil liability of the parents in case that the children can't have access to their biological history.

Keywords: Fundamental right to affiliation; Heterologous artificial insemination; Genetic origin; Civil liability.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Primeiramente gostaríamos de ressaltar nossa satisfação em termos de sermos convidados para participar desta obra em homenagem ao Ilustre Senhor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro, eminente professor da Universidade de Coimbra, destacado estudioso da responsabilidade civil, que para nossa honra é nosso Orientador no doutoramento.

O planejamento familiar através da filiação é um importante interesse para a concretização do projeto de vida de muitas pessoas, várias delas não podendo concretizar tal projeto pelas vias tradicionais de reprodução, surgindo, além da adoção, a possibilidade de que a filiação seja concretizada através de técnicas de reprodução humana assistida, quer utilizando material genético dos pretendentes², quer de doadores.

Nesta apertada síntese, procuraremos analisar como compatibilizar esse direito fundamental à filiação, através da inseminação heteróloga, com o direito do doador do material genético ao anonimato e o direito do filho fruto dessa técnica, ao conhecimento de sua origem genética.

A hipótese que se pretende responder ao final, é se a impossibilidade dos filhos frutos de inseminação artificial heteróloga, em conhecer sua origem genética, pode gerar danos indenizáveis e se os pais podem ser responsabilizados civilmente por tais danos.

² Utilizaremos no presente texto as expressões “pretendente” e “pretendentes”, para indicar a pessoa ou as pessoas que pretendem o estabelecimento de uma filiação, através de técnicas de reprodução assistida, evitando confusões semânticas.

I. DIREITO À FILIAÇÃO ATRAVÉS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

1. Direito à inseminação artificial e sua previsão legal.

Tanto na Constituição brasileira, artigo 226, § 7^o³, quanto a Constituição portuguesa, artigo 26^o, inciso 3.⁴, o direito ao planejamento familiar, no qual se enquadra o direito à filiação e por via de consequência, o direito à fertilização através das técnicas de reprodução humana assistida é direito fundamental, como concretizador do macro princípio norteador do sistema constitucional que é a dignidade da pessoa humana, cuja centralidade e valorização no constitucionalismo global é um avanço civilizatório, como destaca Daniel Sarmiento⁵.

O planejamento familiar, antes visto como uma intervenção estatal sobre a procriação, à liberdade reprodutiva da mulher e controle de natalidade, como lembra Nathalie Cândido⁶, hoje impõe ao Estado garantir “o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”⁷, assim como, garantir o direito à constituição familiar através da filiação.

³ BRASIL, Constituição Federal, Art. 226 (...).§ 7^o 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.

⁴ PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa: “Art. 26^o (Outros direitos pessoais). 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e ne experimentação científica.”

⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana — Conteúdo, Trajetória e Metodologias*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.15.

⁶ CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga: Distinção entre Filiação e Origem Genética*, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10171>, acessado em 10/11/2020, às 15:00 hs.

⁷ DANTAS, Eduardo & CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida — Comentários à Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 8.

Nessa perspectiva, a inseminação artificial heteróloga atende ao direito à filiação e vem sendo regulada no Brasil por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, 2.013 de 2.013, 2.121 de 2015 e 2.168 de 2017, e em Portugal pela Lei nº 32/2006, alteradas pelas leis 59/2007, 17/2016, 25/2016, 58/2017, 49/2018 e 48/2019.

Acerca da discussão sobre a força normativa das resoluções do CFM⁸, entendemos que embora não possuam força de lei, vinculam os profissionais médicos que atuam no processo da reprodução humana assistida. Não havendo lei específica no Brasil sobre o tema, é a resolução que regula a matéria em relação aos médicos, o que implica dizer que os médicos só podem fazer os tratamentos de acordo com os critérios por elas estabelecidos, vinculando de forma reflexa os particulares⁹, tendo sido utilizadas, inclusive, como razão de decidir em várias decisões¹⁰.

O juiz só pode desconsiderar a aplicação da resolução se esta ferir lei (ilegalidade), ou esteja em desacordo com a Constituição (inconstitucionalidade), o que acaba vinculando também o juiz.

A liberdade constitucionalmente protegida, se estende ao planejamento familiar e por consequência, ao direito à filiação, como lembra Olga Krell.¹¹

O direito à concretização do projeto de filiação através de inseminação artificial, inclusive heteróloga, é direito fundamental, máxime quan-

⁸ *Idem, ibidem*, p. 28 a 30.

⁹ FROENER, Carla & CATALAN, Marcos. *A Reprodução Humana Assistida na Sociedade de Consumo*, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 39.

¹⁰ A título de exemplo a decisão TJRS no AgInst 70052132370, oitava Câmara Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil, data 044/04/2013, disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa, acessado em 10/11/2020 às 12:15.

¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil — Princípios Éticos e Jurídicos*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 102 a 109.

¹² No mesmo sentido, entendendo o direito à filiação como liberdade constitucional, v.g. AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 87-93.

do “o casal reputa fundamental para a sua felicidade e harmonia familiar a constituição de prole”¹³¹⁴.

2. O consentimento informado.

De acordo com § 3º, do artigo 15, do Código de Ética Médica, é vedado ao médico “praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo”¹⁵, em consonância com o que já orientava a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em seu artigo 6º, alínea “a”¹⁶, o que impõe que a informação seja a mais completa possível inclusive acerca das consequências jurídicas daquela filiação. As informações não devem se restringir às questões médicas, cumprindo as regras do biodireito¹⁷ mas também as questões jurídicas, como o direito do futuro filho de ter acesso a sua origem biológica, para que permitam, inclusive, a apuração de possíveis responsabilidades.

Como ensina na Itália Concetta Parrinello, a autodeterminação na escolha do projeto de filiação, exige do médico que esclareça a pessoa de questões relevantes e que garanta o respeito à dignidade de todos os envolvidos.¹⁸

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 638.

¹⁴ No mesmo sentido, no México, MARTÍN, Nuria González. Adopción Internacional, Gestación por Sustitución e Interés Superior del Menor en el Derecho Mexicano, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 13, agosto 2020, p. 632.

¹⁵ BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.931/09, disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>, acessado em 28/10/2020, às 16:00 hs.

¹⁶ Disponível em http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf, acessado em 29/10/20, às 16:30.

¹⁷ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

¹⁸ Cf. PARRINELLO, Concetta. Autodeterminazione nelle Scelte Procreative e Responsabilità del Medico, in *La Responsabilità Civile nel Terzo Milleio*, a cura de Raffaele Tommasini, Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 88: “(...) diritto alla procreazione, consentindo un’interpretazione sempre attuale di concetti ampi come

Não basta o consentimento, havendo, outrossim, o dever de esclarecer, como lembram André Dias Pereira¹⁹ e Eduardo de Oliveira Leite²⁰.

Como lembra Flaviana Rampazzo²¹ em recente trabalho, não basta o médico estar tecnicamente apto para o procedimento, ele e sua equipe têm que estar em condições de fornecer ao paciente todas as consequências que envolvem o procedimento, inclusive, entendemos nós, as consequências jurídicas.

Todas as informações fundamentais para o consentimento, além de dever legal e ético do médico é direito fundamental dos pretendentes.²²

3. A regularização e as consequências jurídicas em relação aos filhos nascidos através de inseminação artificial.

No Brasil, o Código Civil trata de inseminação artificial quando prevê as hipóteses de presunção de paternidade no casamento, presumindo que são filhos das pessoas casadas, os decorrentes de “concepção artificial homóloga” e os “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”, no artigo 1.597, incisos VI e VII, respectivamente, não prevendo a situação de filiação dos casais que vivem

dignità, persona, salte, maternità nell ottica di operare i bilanciamenti fra posizioni parimenti protette a livello costituzionale (valore da persona in formazione, rispetto della dignità, diritto alla própria individualità, principio di autodeterminazione).”

¹⁹ Cf. PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidades Médicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 398: “Já em 1889, O Tribunal de Liège afastava a ideia de consentimento como uma “carta branca” dada ao médico. Na verdade, depois de se exigir o consentimento, o *dever de esclarecer* veio para as luzes da ribalta do direito.” (destaques do original).

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito, Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 334.

²¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Consentimento do Paciente no Direito Médico — Validade, Interpretação e Responsabilidades*, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 159.

²² PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 66, *apud* DANTAS, Eduardo & CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida — Comentários à Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 50.

em união estável, pessoas que não possuem conjugalidade, mães ou pais que têm projeto de filiação como parte parental exclusiva, assim como, a situação da gestação por substituição.

Tal previsão demonstra a ênfase aos filhos nascidos de uma relação de casamento, os ditos filhos matrimoniais, classificação até bem pouco tempo ainda sustentada, como menciona em importante trabalho sobre o tema, o Professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama²³, porém hoje com pouca relevância, com a difusão da descoberta da filiação biológica através do DNA.

Optaremos, portanto, em classificar as formas de filiação em função dos vínculos entre os filhos e as partes parentais, para enquadramento dos filhos nascidos através de reprodução humana assistida, deixando a questão da presunção como análise subsidiária. Nessa perspectiva, diferenciamos as espécies de filiação em função dos vínculos que podem gerar a relação paterno/materno filial, com suas consequências jurídicas.

Primeiramente, convém realçar, a doutrina brasileira já vem diferenciando genitor de pai²⁴, sendo o primeiro com quem se tem um vínculo genético, e o segundo com quem se estabelece uma relação de paternidade-filiação, podendo acontecer que o genitor não tenha vínculo de paternidade e o pai não tenha vínculo biológico com o filho.

A filiação biológica ou natural ocorre quando o pai possui com o filho o vínculo biológico, o que acontece em geral quando se busca a paternidade de quem não registrou o filho espontaneamente, que se comprova pelo exame de DNA, e na presunção de paternidade dos filhos nascidos no casamento, e em relação às mães, a presunção se dá em relação à mulher que deu a luz à criança.

A adoção é o que se denomina de filiação civil²⁵, quando não existindo vínculo biológico, se estabelece a filiação mediante processo próprio e através de provimento judicial constitutivo.

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 426 a 435.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 370 e 371.

²⁵ WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 197.

Embora qualquer que seja a espécie de filiação, ela só gera efeito quando devidamente registrada no registro civil de pessoas naturais, ou seja, quando se converte em filiação registral, esta expressão pode ser também utilizada em relação aos filhos que são registrados, porém não possuem vínculo biológico com o pai ou com a mãe e não passaram por um processo formal de adoção. É a hipótese de registrar como seu filho que sabidamente não tem vínculo biológico, o que, embora ocorra em diversos países, é conhecido, injusta e pejorativamente, como adoção à brasileira²⁶. Neste caso, gera todos os efeitos jurídicos, enquanto não for desconstituída.

Exclusivamente no Brasil, ainda existe a possibilidade de se reconhecer uma relação de paternidade/maternidade socioafetiva, ou seja, verificando a posse de estado de filho, pode tal relação ser reconhecida como filiação, ser registrada e gerar os mesmos efeitos de qualquer outra forma de filiação. A construção teórica da filiação socioafetiva se iniciou no Brasil através de importante trabalho de João Baptista Vilela²⁷, desenvolvido depois por autores como Edson Fachin²⁸ e Paulo Lôbo²⁹.

No que concerne aos filhos nascidos através de métodos de reprodução medicamente assistida, tem-se que, sendo homóloga a inseminação, ou seja, com a utilização de material genético tanto da mãe quanto do pai pretendentes, o vínculo entre o filho e os pais é o biológico, não havendo muitas controvérsias acerca do registro de tal filiação.

Na inseminação heteróloga, quando se utiliza material genético de outras pessoas que não os pretendentes, grandes discussões surgiram na doutrina acerca de que forma esses filhos poderiam ser registrados em nome dos pretendentes.

A questão ganha ainda outro complicador, quando se utiliza a gestação de substituição ou cessão de útero, conhecida também como “barriga de

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil — Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246.

²⁷ VILELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade, in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 11, n. 132, Belo Horizonte, 1978, p. 401-418.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 169.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da Afetividade na Filiação, in *A Família na Travessia do Milênio*, Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 245-253.

aluguel³⁰, o que tem causado discussões na doutrina acerca do estabelecimento de filiação, tendo em vista a possibilidade de arrependimento por parte de quem cedeu o útero, mesmo após o nascimento da criança, como decidiu o Tribunal Constitucional Português, como analisou o Professor André Pereira³¹.

Na Alemanha, o Código Civil³² disciplina como se estabelece a filiação quer seja em relação aos pais quer às mães³³.

Wilfried Schlüter destaca a controvérsia que surgiu na Alemanha pela opção do legislador mesmo depois de diversas reformas do Código Civil Alemão, ter mantido o estabelecimento da maternidade para a mãe parituriente, mesmo que a mãe pretendente tenha sido a doadora do óvulo³⁴.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de que em relação ao pai, a inseminação homóloga caracteriza filiação biológica, estando o homem casado ou não com a mãe pretendente, sendo ou não utilizado a gestação de substituição, desde que previamente autorizado pelo pai pretendente.

No caso da inseminação heteróloga, embora não possua vínculo biológico com a criança, o pai que autorizou a inseminação é o pai, pois promoveu o nascimento do filho como seu projeto de filiação, não podendo buscar a negatória de paternidade, assim como, o doador não possui vínculo de paternidade, não podendo se valer do vínculo biológico para tal fim.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 745-746. Neste caso, pode acontecer quando se utiliza o material genético dos pretendentes; com utilização do sêmen do pretendente e o óvulo da *gestatrix*; e utilização do óvulo da *gestatrix* e sêmen de doador.

³¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Conflitos Éticos nas Leis de Procriação Assistida: O Anonimato do Dador e a Gestação de Substituição em Experiências Recentes em Portugal*, texto que nos foi encaminhado pelo próprio autor em novembro de 2020.

³² ALEMANHA, German Civil Code — BGB, disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>, acessado em 30/10/2020, às 9:30.

³³ NERY, Rosa Maria de Andrade. Procriação Artificial, in *Revista de Direito privado*, vol. 59/2014, p. 251-259, jul/set 2014.

³⁴ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão — Direito de Família — BGB — Familienrecht*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 340-342.

Com relação à mãe, sendo ela a que gestará o filho, sendo seu o óvulo, não há qualquer controvérsia acerca da maternidade. Sendo o óvulo da doadora e a gestação feita pela pretendente, aplica-se tanto a presunção de maternidade, por ter dado à luz, quanto por ter sido a promovente do projeto de filiação através da técnica utilizada. No caso do óvulo ter sido da pretendente mas a gestação ter sido por outra pessoa, cessão de útero, embora não se possa aplicar a presunção de maternidade por ter dado à luz, o vínculo genético se soma ao projeto de filiação, para garantir à mãe pretendente a maternidade. Mesmo nos casos em que é usado o óvulo da mãe que cede o útero, embora mais complexo, tem se entendido que prevalece o projeto de filiação, em relação ao vínculo biológico entre a criança e mãe que tem vínculo biológico e que promoveu a gestação. Essa conclusão, ao nosso ver acertada, não está livre de muitas críticas.

De qualquer sorte, tanto no caso da paternidade, quanto na maternidade, através das técnicas de reprodução assistida, tem se utilizado no Brasil o fundamento da socioafetividade. Embora a socioafetividade seja uma relação que se verifica de fato, através da convivência entre pais e filhos, no caso da inseminação artificial, existe o que entendemos ser uma relação socioafetiva anterior à concepção. Aquele filho faz parte de um projeto de filiação, ou seja, um projeto de vida familiar, que começa muito antes da própria fecundação, fazendo com que se estabeleçam fortes laços afetivos entre os pais pretendentes e a criança que está por vir.

Como regularização da filiação estabelecida por qualquer que seja a técnica de reprodução assistida no Brasil, esta se dará através do registro no cartório de registro civil, diretamente pelas partes ou mediante ordem judicial, não sendo necessário, em nenhum dos casos, que haja prévio processo de adoção.

Devidamente identificada e cabalmente registrada, a filiação surte todos os efeitos jurídicos de filiação, sem qualquer tipo de discriminação, como prevê o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

II. ANONIMATO DO DOADOR E DIREITO AO CONHECIMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA.

1. O direito fundamental do doador ao anonimato.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos³⁵, em seus artigos 7º e 9º, e a Declaração do Genoma Humano e dos Direitos Humanos³⁶, da UNESCO, de 1997, no artigo 14º, alínea (d), estabelecem a confidencialidade dos dados proteômicos humanos e amostras biológicas de modo a só ser identificado os doadores desses materiais, em casos excepcionais através de previsão legal do país onde foi feito o tratamento.

Tal previsão foi incorporada na Resolução do Conselho Federal de Medicina, 2.168/2017, que prevê o anonimato do doador, cuja identidade só pode ser revelada em situações especiais.

As situações excepcionais que em regra permitiam a quebra do sigilo do anonimato do doador, estavam vinculadas às questões de saúde, quer para verificar o histórico genético, em função de diagnóstico de possíveis doenças hereditárias, quer para aumentar a possibilidade de descobrir pessoas compatíveis para efeito de doação de órgãos.

Alinhamo-nos aos que defendem³⁷, que o anonimato é direito fundamental enquadrado no artigo 5º, inciso X, que trata do direito à intimidade.

³⁵ Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, disponível em [http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm#:~:text=Artigo%201%20%2D%20O%20genoma%20humano,sua%20dignidade%20e%20diversidade%20inerentes.&text=a\)%20todos%20r%C3%AAm%20o%20direito,independentemente%20de%20suas%20caracter%C3%ADsticas%20gen%C3%A9ticas](http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm#:~:text=Artigo%201%20%2D%20O%20genoma%20humano,sua%20dignidade%20e%20diversidade%20inerentes.&text=a)%20todos%20r%C3%AAm%20o%20direito,independentemente%20de%20suas%20caracter%C3%ADsticas%20gen%C3%A9ticas), acessado em 03/11/2020, às 16:325 hs

³⁶ Declaração Internacional Sobre dados Genéticos Humanos, disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf, acessado em 03/11/2020, às 16:30 hs.

³⁷ BIANCHI, Beatriz Homem de Mello. Origem Genética e Direito ao Sigilo do Doador de Material Genético: Fronteiras, *Revista do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Ano 2 (2016), nº 1, 1-17. P. 9.

A doação de material genético, tanto no Brasil como em Portugal, é feita gratuitamente, agindo os doadores apenas com o objetivo de ajudar a viabilização de projetos de filiação de pessoas que não podem, por algum motivo, reproduzir pela via convencional.

O consentimento do doador, como regra, está condicionado ao anonimato, até porque, sua intenção não é, certamente, a de ser incomodado com repetidas ações judiciais que visem estabelecer vínculo genético entre ele e as crianças que nasceram em decorrência da sua doação, estando no âmbito de seu direito à privacidade.³⁸

2. O direito do filho de conhecer sua origem genética, também como direito fundamental.

Se, por um lado, o doador tem direito ao anonimato, como garantia de direito fundamental, por outro, o filho originado através de técnica de reprodução humana assistida tem direito ao conhecimento da sua origem genética, o que também se enquadra como direito de personalidade, portanto, direito fundamental.

Embora tratando da desnecessidade de vínculo biológico para caracterização da filiação, no México, Nuria González lembra que no caso da inseminação artificial heteróloga, deve se garantir o superior interesse do filho.³⁹

A questão que se coloca em análise, *a priori*, e parece causar equívocos de interpretação, é diferenciar paternidade de vínculo genético, isto é, genitor de pai. Em função dessa confusão, se utiliza a investigação de

³⁸ RODRIGUES, Cássio Nonteiro. Notas Sobre a Reprodução Assistida Heteróloga no Brasil: a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e o Mercimento de Tutela do Anonimato do Doador de Gametas, *in Biodireito — Tutela Jurídica das Dimensões da Vida*, Heloisa Helena Barbosa, Lívia Teixeira Leal e Vitor Almeida, Coordenadores, Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020, p. 29.

³⁹ Cf. MARTÍN, Nuria González. Adopción Internacional, Gestión por Sustitución e Interés Superior del Menor en el Derecho Mexicano, *in Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13*, agosto 2020, p. 631: “(...) *la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior*”.

paternidade inadequadamente, quando o que se busca, algumas vezes, é exclusivamente a declaração de existência ou inexistência de vínculo genético entre duas pessoas. Paulo Lôbo⁴⁰ é um dos que tem chamado a atenção para esse equívoco.

A pretensão de identificar paternidade persiste mesmo sem a prova do DNA, pois paternidade pode ser provada por outros meios, inclusive pela presunção, para os casos de quem se nega a se submeter ao exame de DNA. Já a origem genética só se prova através da prova técnica, impondo, por consequência, um outro tipo de análise dos direitos fundamentais envolvidos em cada demanda específica, como adiante se verá.

Rodrigo da Cunha Pereira ao comentar a decisão do STF, ao julgar o ARE 900521, de MG, que teve como Relator o Ministro Edson Fachin, destacou que “a identidade genética da pessoa humana é um bem jurídico tutelado, e é uma das manifestações essenciais da personalidade humana. Daí tratar-se de um direito da personalidade, direito fundamental”.⁴¹

O direito à identidade pessoal, não se resume à identidade civil, sendo relevante a possibilidade do conhecimento da historicidade biológica.⁴²

Após a decisão do TC português acerca da inconstitucionalidade do anonimato mitigado, da mencionada lei, através do AC 225/2018, pode haver a identificação do doador por interesse do filho maior, o que foi incorporado ao sistema normativo através da lei 48/2019. A vigente Reso-

⁴⁰ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito à Origem Genética como Direito da Personalidade, sem Vínculo com o Estado de Filiação*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica/3>, acessado em 03/11/2020, às 16:00 hs: “Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de doador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Consequentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.”

⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Identidade Genética é Direito Fundamental, STF Reforma Decisão Sobre Investigação de Paternidade sem Exame de DNA*, disponível em <https://www.rodrigodacunha.adv.br/identidade-genetica-e-direito-fundamental-stf-reforma-decisao-sobre-investigacao-de-paternidade-sem-exame-de-dna/>

⁴² FERREIRA, Aline Damásio Damasceno. *Bioética e Filiação: Direito à Identidade Pessoal, Direito a Conhecer a Origem Genética*, in *Direito & Justiça*, v. 35, jan/jun-2009, p. 28-36.

lução brasileira, prevê a garantia do direito do doador ao anonimato, que pode ser mitigado por razões de saúde.

Com a alteração no artigo 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil, que prevê que “o adotado tem direito de conhecer sua origem genética”, este também passou a ser utilizado como fundamento para reconhecer que o filho gerado por inseminação heteróloga também ter direito a essa informação, tanto pela doutrina⁴³, quanto pela jurisprudência⁴⁴.

3. A ponderação entre o direito fundamental do anonimato do doador e o direito ao conhecimento da origem genética pelo filho.

A controvérsia inicialmente trazida à discussão era acerca do direito do filho à paternidade e do suposto pai de não ter sua integridade física violada e de não ser obrigado a produzir prova contra si próprio.

Dentro desse limite que a postulação se resumia, o STF, no julgamento do HC-71.373-RS (DJ de 22.11.96), tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu que obrigar o réu a se submeter à coleta de material para exame de DNA feria a dignidade humana, por ir de encontro aos princípios da intimidade, da intangibilidade do corpo humano e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer.

O STJ passou a entender que, se por um lado não se pode obrigar o réu a se submeter ao exame de DNA, por outro, caso o réu se negue a participar da produção da prova, pode ser aplicado a ele a sanção de presunção, que aliada a qualquer outra prova, como a testemunhal, poderá

⁴³ V.g. DANTAS, Eduardo & CHAVES, Marianna. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida — Comentários à Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina*, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 112; MELO, Álisson José Mais & ROCHA, Maria Vital da. Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas no Brasil, in *RIDB*, ano 3, nº 4, 2014, p. 2913.

⁴⁴ BRASIL, STJ, REsp 876.434/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012.

levar a procedência da ação investigatória⁴⁵, entendimento consolidado na Lei 12.004/09.

Já na ação declaratória de descendência genética ou de origem genética, não se pode aplicar a decisão do STF como forma de impedir que seja o réu compelido à realização do exame. Neste caso o confronto de direitos fundamentais não são os mesmos. Na referida ação a prova pericial é indispensável para o deslinde da questão, sem a qual, não há o que se falar em garantia do direito.

Nesse caso o confronto de direitos fundamentais⁴⁶ toma uma proporção diversa, já que os direitos fundamentais do réu, neste caso vão se confrontar com o direito fundamental do autor em conhecer a sua origem genética, que pode estar vinculado ao direito à vida, à saúde, ou simplesmente ao direito de conhecer sua história genética. Nestes casos, é plenamente possível que o réu seja compelido, coercitiva ou coativamente, a fornecer o material biológico necessário ao exame de DNA.

Para o doador de sêmen ou para a doadora do óvulo, o raciocínio é o mesmo, ou seja, o direito ao anonimato, para garantir a intimidade, não pode se sobrepor ao direito da pessoa que nasceu através de reprodução assistida de conhecer sua origem genética.⁴⁷

Prevalecer o direito do doador de gameta ao anonimato em detrimento ao direito do filho gerado por inseminação heteróloga significa coisificar este,

⁴⁵ BRASIL, STJ, Súmula 301.

⁴⁶ ALEXY: Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*.

⁴⁷ Cf. LÔW, Diana Ayala. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas Frente ao Anonimato do Doador na Inseminação Artificial Heteróloga*, Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dez/2005, p. 35: “Nesse sentido, resta claro que o direito ao conhecimento das origens biológicas enquadra-se dentro daquilo que se define como Direitos da Personalidade, a exigir uma proteção digna a um componente tão essencial ao livre desenvolvimento da personalidade enquanto parte da historicidade pessoal de cada um. Em razão disso, pois, é que se demonstra a grande necessidade de observação e ponderação sobre o tema no Brasil, bem como de tudo aquilo que ele envolve e das consequências futuras da utilização da técnica de inseminação mantendo-se o anonimato do doador.”

ferindo seu direito relevante, atrelado à vida, à saúde ou à própria identificação biológica, como lembra Cássio Rodrigues⁴⁸.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELA IMPOSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA PELO FILHO.

1. Danos pela impossibilidade de se conhecer a origem genética.

Questão crucial para responder a hipótese proposta no presente texto, é analisar se a impossibilidade dos filhos nascidos através de técnicas de reprodução humana assistida, de conhecer a sua origem genética, gera dano, e, em caso positivo, que espécie de dano, identificando se este pode ser indenizável e se os pais podem responder pela indenização e/ou compensação.

Não trataremos da terminologia genérica de dano moral, como ferimento a qualquer dos direitos de personalidade⁴⁹. Para todos os danos extrapatrimoniais, utilizaremos a ideia da maior especificação do dano extrapatrimonial como gênero, tendo espécies, o dano biológico, o dano estético, o dano existencial e o dano moral *stricto sensu*⁵⁰, ou como específica ainda mais Flaviana Rampazzo⁵¹, que constrói a classificação dos

⁴⁸ RODRIGUES, Cássio Nonteiro. Notas Sobre a Reprodução Assistida Heteróloga no Brasil: a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e o Merecimento de Tutela do Anonimato do Doador de Gametas, in *Biodireito — Tutela Jurídica das Dimensões da Vida*, Heloisa Helena Barbosa, Lívia Teixeira Leal e Vitor Almeida, Coordenadores, Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020, p. 35.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos Morais e Direitos da Personalidade*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade/2>, acessado em 13/11/2020, às 11:00 hs.

⁵⁰ Como defendem, apenas a título de exemplos, na Itália CHINDEMI, Domenico & CECCHINI, Giorgia. *Danni Endofamiliari: Casi, Quesiti, Soluzioni*, Milano: Altalex Editore, 2011, p. 67 e no Brasil FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 300-304.

⁵¹ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*,

danos extrapatrimoniais como dano moral puro, dano à identidade da pessoa, à vida privada, à intimidade, à imagem, à integridade intelectual, à honra, à saúde (dano biológico) e dano derivado da morte, o que facilita a quantificação dos danos, que muitas se acumulam no mesmo fato.

Se a origem genética compõe a identificação da pessoa, indicando o “modo de ser no mundo genético”, que ao lado do mundo afetivo e do mundo ontológico⁵², formam a plenitude do sujeito em relação a si e às outras pessoas, representa o pilar principal do direito de personalidade e o que venha a impedir a concretização desse direito deve ser coibido, sob pena de ocorrer um dano.

Não trataremos das funções preventivas e precaucionais como sendo ou não funções autônomas da responsabilidade⁵³, antes da ocorrência do dano. Entendemos que, em regra, as medidas oferecidas pelo Direito para evitar que danos são medidas necessárias e representam o objetivo maior de um sistema jurídico, quer previstas no direito material, como garantias, depósitos, previsão de astreintes, etc., quer no direito processual, tutelas inibitória, acautelatória ou antecipatória, por exemplo. No entanto os “princípios da precaução e da prevenção não chegam ao ponto de transformar a essência da responsabilidade civil, que continua tributária a um dano concretamente existente”⁵⁴.

Verificado o dano, é indispensável saber se tal dano é indenizável ou compensável, já que a responsabilidade civil tem a função de identificar “entre o incontável número de eventos danosos que se verificam todos os dias, aqueles em que ao lesado há de ser permitido repercutir o dano sobre o lesante”, como ensina o Professor Sinde Monteiro⁵⁵, os chamados danos anormais e especiais.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 97-112.

⁵² WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 100.

⁵³ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil — A Reparação e a Pena Civil*, São Paulo: Saraiva, 2017, *passim* e ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em Movimento*, Salvador: JusPodivm, 2019, p.208-214.

⁵⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade Civil sem Dano: Uma Análise Crítica*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 64.

⁵⁵ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: 1983, p. 13.

Essa necessidade de se verificar a anormalidade e especialidade do dano para efeito de indenização na relação familiar se torna muito mais evidente, diante da necessidade de se diferenciar as relações familiares de outras relações sociais. Se de um lado não pode haver imunidade em relação aos danos ocorridos na relação familiar⁵⁶, por outro, nem todo dano indenizável numa relação social comum pode ser estendido automaticamente para a relação familiar, diante de suas especificidades⁵⁷.

Apesar do retrocesso ocorrido na Espanha em função o Ac. do TS de 13/11/2018⁵⁸, essa responsabilidade tem se difundido muito rapidamente em todos os países ocidentais.

No caso do dano pela impossibilidade do conhecimento da origem genética, por filhos nascidos através de técnicas de reprodução assistida, como direito fundamental que é e pela importância na esfera jurídica da pessoa, quer por questões de saúde, quer por questões existenciais — em sentido *lato* —, deve sim ser considerado um dano que impõe ao lesante o dever de reparação ou compensação.

Não trataremos da possibilidade de responsabilização das empresas, dos médicos e do Estado, pelo possível dano ora estudado.

⁵⁶ Os ultrapassados fundamentos da *immunity interpousal e unit interpousal*, do direito anglo-saxônico, já relativizado em muito nos países que os defendiam, assim como a “fragilidade da garantia”, do direito português, como destaca CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9.

⁵⁷ Sobre o tema: ROSENVALD, Nelson. A Singularidade do Ilícito Endofamiliar e da Responsabilidade Civil na Conjugalidade, in *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, v. 38 (mar/abr), Belo Horizonte: IBDFAM, p. 09-17.

⁵⁸ Essa decisão modificou as decisão do mesmo Tribunal de 1999 que possibilitaram a indenização para o marido no caso da ocultação da paternidade dos filhos por parte da mulher, como foi analisado pelo Professor de Alicante Javier Domenèch, em Congresso Virtual promovido pela Universidade Federal de Alagoas, de 15 a 18 de junho de 2020.

2. A possibilidade de responsabilização dos pais pelos danos em função da impossibilidade do filho conhecer sua origem genética.

Assim como não se aplica mais a imunidade conjugal, para afastar responsabilidade civil entre cônjuges, não se aplica a imunidade parental para impedir a reparação de danos causados pelos pais aos filhos ou vice-versa.

Porém, como dito acima, a responsabilidade civil nas relações familiares exige, além da anormalidade e especialidade do dano, a análise da peculiaridade da relação onde o dano ocorreu.

Não há o que se falar, para o presente caso, no dano de ter nascido, pois entre os direitos fundamentais que concretizam a dignidade da pessoa humana, o direito à vida é o mais importante deles. Pode-se até falar em indenizações por parte dos filhos que nascem com graves problemas de saúde, em decorrência das atitudes da mãe durante a gestação, mas não a indenização por ter nascido, como comenta Giuseppe Cassano⁵⁹

No projeto de filiação, principalmente nos que são utilizadas técnicas de reprodução humana fora da convencional, como a inseminação caseira⁶⁰ e as técnicas medicamente assistidas, os pretendentes devem ter o cuidado de preservar todos os direitos dos futuros filhos, quer do ponto de vista da saúde, quer na perspectiva de, querendo, conhecer sua origem genética.

Quando os pais descumprem esse dever de garantir a possibilidade de conhecimento da origem genética por parte dos filhos, eles podem responder civilmente pelos danos que porventura os filhos venham sofrer.

É nessa perspectiva que as constituições ao tempo em que garantem o direito dos pais ao planejamento familiar, estabelecem para eles o dever

⁵⁹ Cf. CASSANO, Giuseppe. *Manuale dei Danni in Famiglia*, Milano: CEDAM, 2011, p. 304: “*Tale condotta non può ritenersi antigiuridica non solo perché non è contr ius, né non iure (trovando um aggancio costituzionale nell’art 13 Cost) ma anche perché non esiste nel nostro ordenamento um principio secondo cui la “vita disagiata non há dignità di vita”*”. (destaques no original).

⁶⁰ Que ocorre quando a mulher recolhe o sêmen do homem, num preservativo, por exemplo, e com uma seringa, injeta o sêmen na vagina, possibilitando a fecundação.

de exercer a maternidade/paternidade com responsabilidade em relação aos filhos.

Portanto, a responsabilidade civil dos pais surge quando participam diretamente de um processo reprodutivo, em que se tenha de antemão a impossibilidade de se descobrir futuramente a origem genética do filho, desde que presentes os requisitos e pressupostos dessa responsabilidade.

Frise-se que não se trata, como ensina o Professor Marcos Ehrhardt⁶¹, de simplesmente “valorar economicamente questão existencial, fixando-lhe um *quantum*”, mas permitir que se dê proteção plena aos direitos fundamentais mitigados em função de atos praticados por familiares.

3. Requisitos e pressupostos para responsabilização dos pais e quantificação dos danos.

Para que se possa falar em responsabilização dos pais, em função da impossibilidade dos filhos de conhecerem sua origem genética, primeiramente, há de evidenciar a comprovada ocorrência do dano. Como leciona o Professor Sinde Monteiro, a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, exige a existência de um fato danoso⁶².

Os danos podem ser patrimoniais ou materiais quando os filhos sofrem prejuízos financeiros para custear despesas médicas, que não existiriam se houvesse a possibilidade de conhecimento de sua origem genética.

Quanto aos danos extrapatrimoniais, imaginemos que em função de algum problema de saúde, o filho se veja diante de uma doença que lhe cause dano biológico, que poderia ser curada se possível fosse a identificação das pessoas que com ele possuem vínculo genético. Nesse caso, o desconhecimento pode levar, inclusive, ao dano de perigo de vida ou dano morte.

⁶¹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves Notas Sobre a Responsabilidade Civil no Direito das Famílias, in *Direito das Relações Familiares Contemporâneas — Estudos em Homenagem a Paulo Liz Netto Lôbo*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 386.

⁶² SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra: 1983, p. 8.

O fato de não ter condições de identificar sua origem genética, quem e de onde são seus ancestrais, quais as pessoas com as quais possui vínculos biológicos, pode causar também um dano indenizável.

Acerca do enquadramento de tal dano, embora não nos parece questão fundamental para a responsabilização, se utilizarmos os conceitos clássicos das espécies de danos extrapatrimoniais, não se trataria de dano existencial, pelo menos do sentido que foi desenvolvido na doutrina, de dano de relação ou dano à vida em sociedade, como defende em Portugal, Mascarenhas de Ataíde⁶³, na Itália Giuseppe Fotti⁶⁴, e no Brasil, Flaviana Rampazzo⁶⁵.

Por outro lado, o dano à identidade da pessoa, que segundo conceitua Flaviana Rampazzo⁶⁶, seria o dano cometido por quem utiliza indevidamente ou quem impede a utilização da identidade de uma pessoa, não se aplica, também, ao dano que impede o conhecimento à identidade genética.

Para quem entende que os danos extrapatrimoniais se resumem ao dano biológico, estético, dano existencial e moral *stricto sensu*, não vemos problemas no enquadramento do dano em comento como dano existencial, pois a existência não pode ser vista apenas na perspectiva da vida em sociedade, mas na relação da pessoa com ela própria. Para os

⁶³ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho Mascarenhas. Poder Paternal, Direitos da Personalidade e responsabilidade Civil. A Vigência dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Privada, in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 357 E 358.

⁶⁴ Cf. FOTTI, Giuseppe. Confini Giuridici e Naturalistici nel Danno non Patrimoniale della Persone Fisiche, in *La Responsabilità Civile nel Terzo Millennio — Linee di Una Evoluzione*, a cura di Raffaele Tommasini, Torino: G. Giappichelli Editore, 200, p. 277: “Il danno esistenziale importa inevitabilmente il confronto entre un riempito di comportamenti realizzativi (o forsanco semplicemente favorevoli se messi in relazione com i comportamenti successivi sostitutivi?) dela persona — la vita antecedente all’illecito, il prima — ed um tempo vuoto o parziale, ridimensionato o privo dei comportamenti preesistenti — la vita successiva all’ilecito, ili dopo.”

⁶⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano Existencial no Direito Italiano e no Direito brasileiro, in *Novos Danos na Pós-Modernidade*, Gustavo Borges e Maurílio Casas Mais (org.), São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 161.

⁶⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100.

que entendem que a classificação dos danos extrapatrimoniais alberga outros danos específicos como a Flaviana Rampazzo⁶⁷, embora não se enquadre como dano à identidade pessoal, pelo conceito acima, parece ser possível falar em um dano específico.

Na teoria do direito italiano acerca do dano evento e dano consequência, aquele ocorrendo com o próprio fato em si, e este como consequência futura do fato, como ensina Guido Alpa⁶⁸, o dano em estudo é um dano consequência, que por impossibilidade conceitual de enquadrá-lo como um dano já tratado na doutrina, trataremos como dano à identidade genética. Não se trata de alargar em demasia as especificidades dos danos extrapatrimoniais, mas simplificar seu enquadramento e consequentemente sua quantificação quer isoladamente, quer quando ocorre juntamente com outros danos.

Os pais ao promoverem, por conta própria ou através de alguma técnica de reprodução assistida, um projeto de filiação, têm que garantir os direitos fundamentais do filho que será gerado, quer em relação à filiação em si, considerando neste caso a impossibilidade de arrependimento, quer na questão ligada à possibilidade dele vir a precisar obter informação acerca da sua origem genética.

Nestes casos, todavia, os danos devem ser comprovados, quer sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Não parece ser possível a aplicação do dano presumido ou *in re ipsa*, para os casos dos danos extrapatrimoniais, primeiramente, porque temos o entendimento que os danos extrapatrimoniais nas relações familiares, inclusive os danos morais *stricto sensu*, precisam ser comprovados, com exceção dos que o próprio fato enseja o dano, como ensinam Mafalda Barbosa⁶⁹ e Giuseppe Cassano⁷⁰.

⁶⁷ SOARES, Flaviana Rampazzo. Dano Existencial no Direito Italiano e no Direito brasileiro, *in Novos Danos na Pós-Modernidade*, Gustavo Borges e Maurílio Casas Mais (org.), São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 157.

⁶⁸ ALPA, Guido. *La Responsabilità civile — Principi*, Milano: UeT, p. 315.

⁶⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a Ilícitude e o Dano, *in Desafios da Nova Responsabilidade Civil*, Mafalda Miranda Barbosa, Nelson Rosenvald e Francisco Muniz (coord), São Paulo JusPodivm, 2019, p. 266.

⁷⁰ CASSANO, Giuseppe. *Manuale dei Danni in Famiglia*, Milano: CEDAM, 2011, p. 327.

Não se trata de exigir a “prova diabólica”, para qual o filho nunca terá acesso. Pelo contrário, através de uma avaliação médica ou psicológica, poder-se-á comprovar um dano biológico e/ou existencial sofrido pelo filho pela impossibilidade de conhecer sua origem genética, sem grandes dificuldades. A comprovação cabal é exigida, principalmente, quando se trata de ação indenizatória contra os próprios pais.

Por outro lado, a responsabilidade civil para esses casos é subjetiva, tendo que ser comprovado o dolo, embora este dificilmente ocorra, ou a culpa dos pais, sem necessidade de se entrar no mérito da culpa leve ou grave, pois mesmo a culpa leve pode ensejar à necessidade de indenizar.

Importante ressaltar que várias situações podem excluir a culpa dos pais, principalmente o descumprimento por parte do médico ou da empresa que realizou o método de reprodução assistida, dos deveres de armazenamento dos dados dos doadores e de prestar aos pais todas as informações acerca de como será possível identificá-los no caso de necessidade.

Podemos resumir da seguinte forma: são responsáveis civilmente os pais se: a) no caso da inseminação caseira, não identificar e guardar os dados do doador em arquivo que permita sua identificação; b) no caso da inseminação artificial medicamente assistida, promover a reprodução mesmo sendo informada cabalmente de que o médico ou o laboratório não tem condições de identificar futuramente o doador; e c) na dúvida acerca dessas condições, não exigir que eles prestem declaração expressa neste sentido.

Para que haja a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil aos pais, deve estar evidenciado o nexo de causalidade entre a ação ou omissão quando do procedimento de reprodução e os danos suportados pelo filho.

Questão polêmica que sempre cerca a responsabilidade civil é a quantificação dos danos, principalmente na especificidade das relações familiares. Diferentemente do que ocorre na responsabilidade civil geral, não se pode aplicar para os danos patrimoniais a regra de que o valor do dano será sempre o valor do prejuízo sofrido. A aplicação direta dessa regra pode, nas relações parentais, gerar incoerências absurdas.

No caso do dano patrimonial, se a condenação recair integralmente com base no valor do prejuízo sofrido, pode se chegar a situação em que os pais serão condenados a um montante que os tornarão insolventes, o que desaguará na necessidade do próprio filho ter que se responsabilizar pelo sustento deles, em função do dever de assistência, o que seria ilógico.

Mesmo raciocínio se aplica aos danos extrapatrimoniais, que além da previsão legal que deve ser levada em consideração a capacidade financeira do lesante, no caso das relações familiares, ainda precisa levar em consideração a situação de dependência entre as partes envolvidas.

Temos como aplicável a esses casos a regra de que a fixação do quantum indenizatório não deve ser irrisória ao ponto de que o lesante não sinta qualquer efeito patrimonial na condenação, nem ser de tal forma exorbitante que venha inviabilizar financeiramente o lesante ou promover enriquecimento injustificado por parte do lesado.

Entendemos, portanto, ser possível condenar os pais a responderem civilmente pelos danos causados aos filhos, pela impossibilidade de conhecer sua origem genética, desde que os danos e os demais pressupostos da responsabilidade civil estejam devidamente comprovados, devendo a quantificação levar em conta as peculiaridades que norteiam as relações familiares.

Seria imprescritível a possibilidade de ressarcimento? Pensamos que não. A questão é que o prazo prescricional deve sempre ser contado a partir da maioridade, por imposição legal, e a partir da ocorrência do dano que surge quando da necessidade do conhecimento da origem genética e da confirmação de que tal informação não está disponível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As sucintas conclusões que podemos tirar do tema abordado é que existe, tanto no sistema jurídico brasileiro quanto no português, o direito fundamental à filiação, cuja concretização permite que pessoas que não possuam condições de gerar filhos pela via tradicional, possam se utilizar de técnicas de reprodução humana não convencional, inclusive utilizando doação de material genético de terceiros.

O doador do material genético, por sua vez, também possui direito fundamental à intimidade, o que indica que ao fazer a doação, deve-se ter resguardada sua identidade.

Porém, qualquer técnica que venha a ser usada na geração de um filho deve levar em consideração os direitos fundamentais da criança que irá nascer, o que engloba, além dos direitos ligados à saúde, o direito de ter acesso, caso necessite, às informações sobre sua ascendência genética.

Ao realizar um projeto de filiação, os pais devem atentar para que seja garantida a possibilidade do filho conhecer sua história genética, pois

a impossibilidade de obtenção de tal informação pode gerar danos aos filhos, quer patrimoniais quer extrapatrimoniais.

Estando evidenciado o dano ao filho, inclusive o dano existencial por não ter condições de conhecer sua histórica genética e seus vínculos biológicos, se tal dano foi causado por ação ou omissão dos pais, de forma culposa, estes podem ser responsabilizados civilmente, considerando, todavia, para a fixação do quantum indenizatório, as peculiaridades da relação familiar, inclusive a necessidade de preservação da possibilidade dos pais em manter o sustento da estrutura familiar, o que deve ser apreciado individualmente de acordo com o caso concreto.

