

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II**

**LARISSA MARIA DE MORAES LEAL**

**ROBERTO SENISE LISBOA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Larissa Maria de Moraes Leal; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-593-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

---

### **Apresentação**

Esta coletânea reúne artigos científicos que, por conexão das matérias, foram divididos em quatro grupos.

Inicialmente, o Grupo de Trabalho em Direito Civil Contemporâneo apresenta três artigos que tratam, de modo direto, da temática que é o atual pano de fundo de boa parte das chamadas transformações do direito: a sociedade da informação. A prática de "sharenting", a preocupação com a privacidade na era do Big Data e as discussões mais recentes sobre o Marco Civil da Internet e suas implicações conformam esse grupo de abertura.

No segundo grupo, a obra traz questões que vão resgatar discussões jurídicas, como a dicotomia público-privado (aqui, com especial destaque para a função social da propriedade) e as múltiplas faces que a responsabilidade civil tem apresentado como desafios no campo das obrigações. Da proposta de uma responsabilidade civil imputada sem a comprovação, ou mesmo a existência de dano, até as questões de reparação "in natura" nos casos de danos ambientais, os artigos aprovados estão em sintonia com os debates postos na academia e instigam o leitor à tomada de decisão opinativa.

No terceiro conjunto de artigos são tratadas questões de família e a propriedade, ou não, de regulação dessas questões pelo direito. O resgate de perspectivas históricas, feito na maioria dos artigos deste grupo, ressalta a metodologia de trabalho do direito civil contemporâneo e oferece densidade aos textos, também provocativos e de inegável atualidade.

Por fim, no quarto grupo, a obra oferece dois artigos que ocupam-se em investigar interessantes questões acerca da atividade notarial e de registro no Brasil: a relevância da atividade notarial para a garantia da dignidade da pessoa humana e o registro de negócio jurídico anulável, como forma de garantir direitos.

A obra encontra conexão entre todos os escritos.

Na urgência dos temas tratados e na metodologia aplicada por seus autores, a coletânea justifica-se e, ao mesmo tempo, qualifica-se no âmbito da pesquisa jurídica de qualidade.

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal - UFPE

Prof. Dr.Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## REFLETINDO SOBRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

## REFLECTING ON THE RIGHT TO GENETIC IDENTITY

**Iriana Maira Munhoz  
Erika Regina Spadotto Donato**

### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o direito à identidade genética do indivíduo nascido pela técnica da reprodução assistida heteróloga, haja vista ser esse direito um desdobramento dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Este tema nos leva a refletir, pois não se trata apenas da criação de simples normas técnicas, ao contrário, precisamos produzir normas que se comprometam a expressar o cuidado e a vulnerabilidade como instrumentos de tutela das partes envolvidas.

**Palavras-chave:** Reprodução assistida, Dignidade da pessoa humana, Identidade genética. instrumento processual, Melhor interesse da criança

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The aim of this article is to reflect on the right to the genetic identity of the individual born with the technique of assisted heterogonous reproduction, since this right is an unfolding of the rights of the personality, the dignity of the human person and human rights. This theme leads us to reflect, because it is not only the creation of simple technical norms, on the contrary, we must produce norms that commit to expressing care and vulnerability as instruments of protection of the parties involved.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Assisted reproduction, Dignity of human person, Genetic identity, Instruments of protection, Best interest of the child

## **INTRODUÇÃO**

O direito à identidade genética é abordagem do Direito Civil Contemporâneo, pois sua formação se deu com a criação de novas técnicas de reprodução humana, ou seja, é a mais pura expressão do avanço das ciências médicas, que ainda deve ser normatizado.

Todo progresso incorre em mudanças, e o direito como instrumento regulador da sociedade deve acompanhar tais transformações, adequando a realidade social às legislações vigentes, ensejando segurança e equilíbrio nas relações jurídicas.

Dessa forma, a possibilidade de gerar filhos através da técnica de reprodução assistida heteróloga, a qual possui a intervenção de terceiro alheio à relação do casal, ou da pessoa solteira que pretenda procriar, vem gerando inúmeros conflitos, para os quais o direito ainda não tem resposta.

O nosso estudo se limitou à reprodução assistida heteróloga, que é aquela que faz uso de material genético de terceira pessoa, haja vista que também temos a reprodução assistida homóloga que tem como instrumento o material genético do casal.

O conflito é suscitado no momento que dois direitos fundamentais se enfrentam: o direito da criança em saber sua origem genética x o direito do doador de manter sua identidade em sigilo. Quais desses direitos devem prevalecer? Essa é nossa incessante busca para encontrar uma solução justa que atenda ao maior valor do ser humano: sua dignidade.

Nesse sentido, apresentamos sem o intuito de exaurir essa discussão um procedimento processual a ser perseguido pelo titular do direito a identidade genética em busca da efetividade do seu direito fundamental.

## **OBJETIVO**

As crianças nascidas pelo método da Reprodução Assistida Heteróloga, não possuem o direito à identidade genética, o qual é uma garantia fundamental a todo ser humano a ter acesso a sua origem. Dessa forma, o presente trabalho apresenta um caminho para efetivar essa garantia.

## **METODOLOGIA**

Método dedutivo de pesquisa, através de documentação indireta por revisão bibliográfica, jurisprudencial, análise de doutrinas estrangeiras e artigos disponíveis em acervo de periódicos e meio eletrônico, sempre visando auferir dados e argumentos.

## 1. PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

### 1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A conceituação da dignidade da pessoa humana se revela no mínimo difícil de ser obtida, pois uma das dificuldades de conceituá-la reside no fato de que não se trata de aspectos específicos da existência humana, como, por exemplo, a integridade física, intimidade, vida, propriedade etc., mas, sim, de uma qualidade inata a todo e qualquer ser humano.

De valor supremo, o princípio da dignidade da pessoa humana consolida a força dos direitos fundamentais e a proteção do homem desde o direito à vida. Este princípio não se encontra apenas entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas é ideal perseguido em todas as disposições constitucionais, pois o objetivo do constituinte foi de considerá-lo, não somente como um direito fundamental do ser humano, mas expressá-lo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988. Tal princípio é a pedra de toque de todo sistema jurídico constitucional, não podendo ser infringido por quem quer que seja, principalmente pelo Poder Público, que tem a obrigação precípua de proteger e fazer cumprir os ditames da Carta Magna vigente.

Neste contexto, registra-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto em outros capítulos do texto constitucional, como, por exemplo, o art. 170, *caput*, o qual estabelece que a ordem econômica tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna; o art. 226, § 6º, que fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; e o art. 227, *caput*, que assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade.

Sendo a dignidade da pessoa humana qualidade intrínseca do ser humano, pode-se concluir que ela é irrenunciável e inalienável, pois constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser retirado. Desse modo, não se pode cogitar da possibilidade de determinada pessoa ser autora de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

Aliás, dispõe Rizzatto Nunes (2002, p. 52): “A dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa”.

O princípio da dignidade da pessoa humana é também um instrumento limitador da atuação do Estado, devendo este guiar seus interesses à luz da proteção e promoção da

dignidade. Em vista disso, qualquer restrição relacionada ao direito de ser digno será vedada pelo ordenamento jurídico.

Portanto, “[...] a dignidade da pessoa humana é absoluta, logo não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo” (RIZZATTO NUNES, 2002, p. 46).

Enfim, é dever de todos, e em especial dos operadores do Direito, pautarem suas condutas e decisões para a necessária implementação concreta do respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana pronuncia que o direito a origem genética é inato ao ser humano, não podendo o Estado negar essa tutela ao indivíduo, pautando-se em ponderações jurídicas, uma vez que quando dois direitos fundamentais se chocam deve haver a cedência recíproca entre eles, isto é, um dos direitos deve se afastar para que o outro seja aplicado, dessa forma o direito à origem genética se sobrepõe ao anonimato.

## **1.2. Princípio do Melhor Interesse da Criança**

O princípio do melhor interesse da criança foi incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto nº 99.710/90, da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança de 1989, sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do § 2º, do art. 5º da Constituição Federal, que prescreve “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados ou tratados internacionais em que a República do Brasil é parte”. Pode-se afirmar que o constituinte não teve a intenção de restringir os direitos fundamentais àqueles enumerados no art. 5º, mas teve como objetivo possibilitar a expansão e atualização destes direitos ao longo da vida constitucional (SILVA, 2001, *passim*).

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 85) que os direitos fundamentais podem ter assento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais ou internacionais. Nesse sentido, sustenta Tânia Pereira da Silva (2001, *passim*) que devem ser tidos como direitos fundamentais o art. 227, *caput*, da Carta Magna de 1988, pois enumera com clareza quais os direitos que devem ser assegurados às crianças e aos adolescentes.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 teve como precedente a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, na qual se considera que toda criança, pela sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusa a correspondente proteção legal, e insta aos pais, às organizações



particulares, autoridades locais e governos nacionais para que reconheçam os direitos das crianças, lutando por conseguir a realização por meio de medidas legislativas. O objetivo é que as crianças e os adolescentes possam ter uma infância feliz e gozar dos direitos e liberdades que lhes correspondem.

As Convenções contêm regras de procedimento flexíveis e adaptáveis as mais distintas realidades, projetando políticas legislativas a serem adotadas pelos Estados-Partes. Estes têm a obrigação de não só respeitar, como de garantir o livre exercício dos direitos reconhecidos nas Convenções. Toda essa normativa internacional deve ser observada pelos poderes públicos na hora de programar as ações relacionadas às crianças, em especial, aqueles instrumentos que foram ratificados por nosso país.

Ao ratificar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do melhor interesse da criança em seu sistema jurídico e, sobretudo, vem representando um guia importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente (SILVA, 2001, p. 07).

Como podemos observar, o princípio do melhor interesse da criança é um princípio reitor, que deve ser considerado tanto pelos legisladores, juízes e executores de qualquer medida que atinja direta ou indiretamente os menores. Este princípio resultou na Doutrina da Proteção Integral, a qual foi expressamente inserida no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Assim, em face dessa doutrina deve prevalecer o reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como titulares de Direitos Fundamentais e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Posteriormente, criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual coube concretizar e expressar os novos direitos da população infanto-juvenil. Foi elaborado sobre os pilares do art. 227 da Constituição Federal de 1988, que identifica Ingo Wolfgang Sarlet como a Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil. O Estatuto foi todo embasado no melhor interesse da criança. Essa interpretação foi destacada nos arts. 5º e 6º do diploma legal, que orientam e proporcionam aos operadores do Direito nítida compreensão do princípio do melhor interesse da criança (SILVA, 2001, p. 15).

O Estatuto destacou, especialmente, os destinatários da lei a serem considerados em suas características e prioridades, são elas: sua incapacidade para os atos da vida jurídica, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais (SILVA, 2001, p. 37).

A criança e o adolescente possuem Direitos Fundamentais Especiais, esses direitos são uma derivação dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988, destinados à garantia

das necessidades específicas da criança ou do adolescente. São eles: direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade, direito à dignidade, direito ao respeito, direito à educação, direito à convivência familiar e direito à origem genética.

Dessa forma, fica claro que crianças e adolescentes se encontram em condição especial de desenvolvimento, devendo garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades necessárias para uma vida feliz.

Portanto, a ausência da informação sobre a origem genética de uma criança, desencadeará sérios efeitos, como o impedimento do progresso mental e espiritual, que se caracterizará em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao melhor interesse da criança, o que conseqüentemente levará a degradação desse indivíduo.

Será que a constituição de uma família, a qual hoje tem como objetivo o desenvolvimento sadio de cada membro no seu *locus* sagrado, pode negar-lhe o direito a origem de um indivíduo? Tal resposta teremos no decorrer dessa análise que se pauta não só nos princípios citados, mas também no cuidado e na vulnerabilidade como valores jurídicos a serem respeitados pelos operadores do Direito.

## **2. VULNERABILIDADE E CUIDADO COMO VALORES JURÍDICOS**

O Estado deve a todo instante analisar a situação de seus membros que, por diversas razões, originam grupos vulneráveis, os quais necessitam de tutelas específicas para estarem em pé de igualdade na convivência social.

Como bem salienta Heloisa Helena Barbosa, não é a vida em sociedade que dá origem à vulnerabilidade, porque esta preexiste às relações humanas, mas a vida em grupo favorece a expressão da vulnerabilidade em suas diferentes formas.<sup>1</sup>

Na verdade, o *cuidado* não requer somente a aplicação de normas específicas em casos concretos, muito mais que isso, busca a atenção do Estado e da sociedade na observância e prevenção dos princípios e garantias minoristas. Importante destacar que o cuidar é um método que envolve desenvolvimento, cuidar é ajudar a crescer e se realizar.

Portanto, o magistrado em sua função jurisdicional deve solucionar os conflitos observando o cuidado como valor jurídico em cada caso concreto, pois o legislador cria leis, mas lei não é Justiça, em razão de ser geral e impessoal, já o Direito, é pessoal.

---

<sup>1</sup> Heloisa Helena Barboza – Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro do IBDEAM.

O *cuidado* e a *vulnerabilidade* como valores jurídicos se complementam na solução dos conflitos, pois o primeiro trata de analisar a aplicação da lei com o objetivo de atender ao bem comum, já o segundo caracteriza o estágio em que se encontra o indivíduo, sujeito da relação jurídica.

Nessa esteira, o direito a origem genética faz parte do desenvolvimento psíquico de uma criança, conviver com a realidade de que você foi gerado por alguém inexistente é cruel demais a qualquer ser humano, portanto a aplicação do cuidado e da vulnerabilidade nos casos concretos é ponderar a aplicação da letra fria da lei, pois como vimos o ser humano é vulnerável e merecedor de cuidado estatal e social.

O magistrado, no momento em que está desempenhando sua função estatal, que nada mais é que acalmar as sensações de injustiças e devolver a paz ao ser humano, não pode se limitar a letra fria da lei. Nesse sentido, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (COLTRO, *apud*, OLIVEIRA; PEREIRA, 2009, p. 40) relata de forma louvável como deve ser a postura do juiz contemporâneo em busca da justiça:

[...] como recordação de um passado que se distânciava, a figura do juiz inanimado, insensível aos fatos que o rodeiam, imagem que a realidade repudiou, uma vez que, como proclamava o Filósofo de Estagira, os homens recorrem aos juízes como um direito vivo, uma justiça animada (*ad judicem confungiunt omnes, sicut ad justum adnimum*) [...]. Ao julgar terá que ser juiz. E apenas juiz. Para ele, no silêncio do seu escritório, ou no burburinho do foro, não há decisões históricas, que o façam desviar-se dos seus princípios e dos critérios de julgamento. Jurista do seu tempo, no entanto, deve viver com sua época, se não quiser que esta viva sem ele [...] não deve curvar-se às doutrinas de conveniências, ou jurisprudência subserviente, mas revestir-se da coragem de preferir ser justo, parecendo injusto, do que injusto para salvar aparências (Calamandrei), mesmo que tenha que divergir do entendimento predominante, procedendo como bônus *judex*, ou seja, aquele que adapta as normas às exigências.

Não podemos esquecer que a lei existe para reger o comportamento humano, entretanto, ao aplicá-la, não pode o Judiciário deixar de considerar as circunstâncias do caso concreto e, mormente, se a conclusão que se chegar atende o fim do conflito vivenciado pelo indivíduo.

Ainda que o juiz se depare com uma má legislação, como é o caso da reprodução assistida heteróloga, caberá ao bom magistrado buscar a interpretação que permita melhor solução ao caso concreto, valendo-se, para tanto, dos instrumentos disponíveis no nosso sistema jurídico que são a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, e sempre se pautando no atendimento aos fins sociais a que se dirige a lei e às exigências do bem comum.

Com as considerações até aqui apresentadas, podemos afirmar que o *cuidado* e a *vulnerabilidade* devem estar presentes como conteúdo jurídico na defesa do direito à identidade genética, como direito constitucional e fundamental que se apresenta.

### **3. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E A BUSCA PROCESSUAL PELA SUA EFETIVIDADE.**

#### **3.1. O Direito à Ascendência Genética**

A vontade incessante do ser humano em exercer a paternidade/maternidade gerou para as ciências médicas um grande desafio, a qual foi vitoriosa, pois alcançou a possibilidade de indivíduos portadores de enfermidades, ou mesmo de impedimentos, por conta da opção sexual de gerarem filhos, concretizando seus sonhos.

Atualmente, contamos com duas técnicas de reprodução assistida: a homóloga e a heteróloga. A primeira ocorre com o material genético do marido ou companheiro, podendo ser implantado na esposa ou em uma terceira pessoa (barriga de aluguel), nesse caso o material genético seria do casal. Já a segunda técnica se dá com a doação de sêmen de um doador anônimo, que realiza conduta altruística, apenas com o objetivo de ajudar aqueles que não possuem condições de gerarem sua prole.

Nosso trabalho, como já ressaltado, se restringe a análise da reprodução assistida heteróloga, pois aqui se instala um complexo conflito existencial para a criança que está por nascer, isto é, sua identidade genética será cerceada, em razão de ser fruto de um ato altruístico.

Assim, se inicia uma árdua tarefa para o sistema jurídico que se depara com o devassador avanço da medicina frente ao direito fundamental à identidade genética do ser humano. Não podemos nos esquecer que a ciência é despida de valores religiosos e jurídicos.

O doador anônimo auxilia mulheres, que por inúmeros motivos, almejam conceber um filho sem a participação de uma figura paterna, portanto, não há qualquer vínculo ou interesse na paternidade, apenas um gesto altruístico em ajudar o próximo, dessa forma, jamais se poderá inserir nesse ato qualquer responsabilidade decorrente de uma paternidade responsável, como afeto, alimentos e sucessão.

O direito à identidade genética é um direito fundamental, personalíssimo, intransferível, indisponível e irrenunciável, ou seja, é um direito inerente à condição humana. Nessa esteira, sendo um direito personalíssimo, sua prerrogativa é exclusiva da criança

procriada através desse procedimento, portanto não poderá o Estado criar impedimentos para esse indivíduo saber sua origem biológica.

O direito à identidade genética se desdobra em outros conflitos, como impedir relações incestuosas entre irmãos, pai/doador e filha, bem como em relação à saúde, na medida que em uma situação de grave enfermidade a chance de sobrevivida pode advir do pai/genitor, dessa forma, ocultar a identidade de um ser humano que se encontra acometido de uma doença poderá estar se negando o seu maior direito: a vida.

Atualmente, sobre o assunto o Brasil possui apenas a Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, a qual foi atualizada pela Resolução nº 2.121/15, que continuou assegurando o anonimato do doador, permitindo apenas o médico entrar em contato com o doador em casos de enfermidades graves.

Ocorre que o Conselho Federal de Medicina é uma Autarquia, portanto possui personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Essas autarquias são criadas para auxiliar o Estado, mas não se subordinam a ele, pois são independentes, ou seja, não há hierarquia entre eles, mas o Estado tem o controle de seus atos administrativos.

Se o Estado tem o controle dos atos administrativos da Autarquia que criou, e sendo este Estado guiado pela nossa Carta Magna, conclui-se que nenhum ato administrativo da Autarquia pode ferir a Constituição Brasileira.

Nesse sentido, se a Autarquia possui uma Resolução que prevê o anonimato do doador de sêmen, essa orientação somente tem eficácia entre os membros desta instituição, ou seja, entre os médicos, mas não poderá ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, pois fere a dignidade humana do indivíduo nascido através da Técnica de Reprodução Assistida Heteróloga.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a única legislação que muito tímida se aproximou do assunto, vejamos: “Art. 48: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

Baseado nesse dispositivo, podemos fazer uso da analogia aos casos de acesso à identidade genética, pois ambos os indivíduos, apesar de situações distintas, procuram o mesmo direito, sua origem biológica.

É inegável que a medicina solucionou uma grave enfermidade, que acomete inúmeros casais: a infertilidade, porém, outro problema foi criado e se encontra sem regramento, pois uma criança gerada pela Técnica de Reprodução Assistida Heteróloga, nasce

cerceada pelo direito de conhecer sua ascendência genética, em colisão com outro direito, o anonimato do doador.

Deveria a Bioética ter se preocupado com esse dilema, já que é um ramo do saber ético, que se ocupa em conservar os valores morais de respeito á pessoa humana em questionamentos éticos, no campo das ciências biológicas.

O doador anônimo jamais será considerado pai, pois sua participação é meramente instrumental, o seu papel é semelhante com aquele que doa seu filho biológico, sendo neste momento destituído do poder familiar sobre a criança, ou seja, é afastado de qualquer ônus decorrente da filiação. Dessa forma, seria juridicamente ilegal um filho adotivo ou gerado por reprodução assistida heteróloga pleitear direitos em razão da filiação biológica, bem como ao contrário o pai biológico ou o doador anônimo requerer qualquer direito em face do filho em sua fase senil.

Portanto a proibição de reconhecimento de vínculo parental é para ambos os lados (pai biológico x adotado) ou (doador anônimo x filho biológico), pois lhe faltam requisito essencial para se criar vínculos familiares: o afeto.

Nessa polêmica vivenciada, uma luz despontou com a recente decisão do Tribunal Alemão, que foi favorável ao direito à identidade genética de duas crianças nascidas nos anos de 1997 e 2002, abaixo a fundamentação da decisão:

O tribunal afirmou que o direito ao conhecimento da própria origem consiste em um dos direitos fundamentais da personalidade, decorrência imediata da dignidade humana e, portanto, protegido pelos arts. 1º e 2º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*). E esse direito, por vezes, mostra-se essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade. Aqui, deve-se observar que Superior Tribunal de Justiça da Alemanha, *Bundesgerichtshof* não se refere apenas ao conhecimento das informações genéticas do doador, mas de sua identidade civil. Por isso, a criança tem independente da idade, uma pretensão juridicamente tutelada contra a clínica de reprodução assistida, onde a inseminação artificial fora realizada, para saber a identidade do doador do sêmen (FRITZ, 2015).

O depoimento de uma garota americana que nasceu através da Técnica de Reprodução Assistida expressa de forma cristalina o conflito existencial que vivenciam por não saberem sua origem, demonstrando que a decisão alemã está no caminho certo. Abaixo um trecho do depoimento de Clark:

Tenho 18 anos e na maior parte da minha vida, eu não tive a mínima ideia de minhas origens. Eu não sabia de onde vinha meu nariz, ou meu queixo, ou então meus interesses por culturas estrangeiras. Eu claramente herdei meus dentes e minha propensão para piadinhas de mau gosto de minha mãe, assim como minha perspectiva feminista. Mas uma grande parte de mim sempre foi um mistério. O homem tem uma necessidade primordial de conhecer suas origens e sua proveniência. Durante toda sua vida Katrina. teve

problemas sociopsicológicos simplesmente pelo fato de não saber quem era seu gerador. Katrina, indignada com a forma com que foram lesionados seus direitos, exprimia: Estou aqui para dizer que, emocionalmente, muitos de nós não estão aguentando. Nós não pedimos para nascer nesta situação, com estas limitações e confusões. É hipocrisia da parte dos pais e também médica, dizer que raízes biológicas não importam aos ‘produtos’ dos ‘bancos de criação’ e seus serviços, quando o desejo de uma relação biológica é justamente e primeiramente o que traz clientes para os bancos. E é exatamente isso! Não se justifica arrancarmos o direito à informação do gerado e darmos limitações às suas garantias fundamentais a fim de preservar apenas a identidade do doador, o bem jurídico em questão é bem maior (CLARK, 2006).

Os trabalhadores do direito devem ter a sensibilidade de entender o que se passa e o que se sente com as novas técnicas científicas, que desafiam os sentimentos humanos, somente com o olhar de cuidado e vulnerabilidade, por parte do Ordenamento Jurídico é que poderá se iniciar uma caminhada para a amenização desses conflitos humanos criados pelo homem e a ser resolvidos pelo mesmo.

### **3.2. A Efetividade ao Direito à Identidade Genética**

Considerando que entendemos que, nos casos de reprodução assistida heteróloga, o filho biológico tem direito a sua identidade genética, pois como bem ressaltou o Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto no RE nº 363889, “o fato é que esse direito de reconstituir a história, a biografia do indivíduo, a partir da identidade do pai ou da mãe, ou de ambos, parece-me de fundamentalidade autoevidente.” O Ministro Britto ainda afirma que “a Constituição, aqui, faz, ainda que por implicitude, uma ponderação de valores em favor desse tipo de direito elementaríssimo: a busca da própria identidade biológico-familiar, ou genealógica”, sendo que “a falta de conhecimento desse elo torna incompleta a biografia do indivíduo. Vale dizer, a personalidade não se perfaz, no sentido constitucionalmente biográfico”.

Diante deste entendimento, resta-nos analisar quais são os meios administrativos e processuais para a efetivação deste direito.

Na legislação nacional não há uma ação específica para tutelar o caso em tela. Por outro lado, os laboratórios, que realizam as reproduções assistidas heteróloga, seguem as Resoluções nº 2.013/13, atualizada pela Resolução nº 2.121/15, ambas do Conselho Federal de Medicina do Brasil, que asseguram o anonimato do doador.

Diante deste conflito de princípios, ou seja, o direito à identidade genética e o anonimato do doador, entendemos que deve prevalecer o direito à identidade genética, que como bem ressaltado por Petterle (2007, p. 111) é o “direito de personalidade que busca

salvaguardar o bem jurídico-fundamental ‘identidade genética’, uma das manifestações essenciais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade”.

Consigna-se que o Superior Tribunal de Justiça já analisou questões semelhantes, ao julgar casos de “adoção à brasileira”, hipótese que guarda certa semelhança com a reprodução heteróloga. Para a Corte brasileira, nos casos de “adoção à brasileira”, na qual a própria pessoa questiona a sua paternidade ou maternidade, buscando conhecer a sua origem genética, pode prevalecer a paternidade biológica em detrimento da paternidade socioafetiva (REsp. 1.401.179/MG; REsp. 1.274.240/SC e REsp. 1.458.696).

No caso em tela, o que irá diferenciar é que o meio judicial para tutelar o direito à identidade genética, nos casos de reprodução assistida heteróloga, não será a ação de investigação de paternidade (utilizada nas adoções à brasileira), mas sim a ação de ascendência genética.

A ascendência genética não deve ser confundida com os direitos decorrentes da paternidade. Busca-se com a ascendência genética apenas saber a sua origem, sem nenhuma vinculação patrimonial e afetiva com o doador do sêmen. No caso sob análise, não se busca atribuir a paternidade à alguém, mas apenas à sua origem genética.

Na ação de investigação de paternidade tem-se o reconhecimento forçado do filho, decorrente de decisão judicial, por ser uma ação de estado, de natureza declaratória, imprescritível e indisponível, nos termos do art. 27 do ECA. Na ação de investigação de paternidade a sentença judicial supre a falta do reconhecimento voluntário e será averbada no registro de nascimento do filho. Referida averbação de paternidade, gera todo o complexo de direitos e deveres atribuídos à relação entre pai e filho.

O direito à origem genética não se confunde com a investigação de paternidade, tendo em vista, que o direito ao conhecimento da origem genética não significa necessariamente direito à filiação. Sua natureza é de direito da personalidade, de que é titular cada ser humano, portanto, uma coisa é reivindicar a origem genética, outra a investigação de paternidade, desse modo, busca-se o direito ao patrimônio genético, para fins de casos de doenças curáveis através da compatibilidade consanguínea.

Portanto, entendemos que, para os casos de reprodução assistida heteróloga, deverá ser proposta uma ação declaratória de ascendência genética, pelo procedimento ordinário, sem a necessidade de legislação específica.

No entanto, anteriormente a propositura da demanda contra o eventual doador do sêmen, faz-se necessário, primeiramente, o filho biológico (titular do direito), após atingir a maioridade, ao exercer seu direito personalíssimo à identidade genética, notificar



extrajudicialmente o laboratório/hospital/clínica onde foi realizado o procedimento da reprodução para fornecer a identidade do doador do sêmen. Em caso de negativa, estará assegurado ao filho o interesse de agir em face ao laboratório.

Somente terá legitimidade para ingressar com a demanda o filho (direito personalíssimo) em face da instituição laboratorial ou hospitalar. Estando configurada a legitimidade e o interesse processual, a tutela a ser alcançada é a declaratória condenatória de obrigação de fazer, ou seja, busca-se a declaração do autor de ter sua identidade genética investigada, com a condenação do requerido em fornecer a identidade do doador, ou quem seriam os possíveis doadores.

Após o fornecimento do(s) nome(s) e identificação do(s) doador(es), seja administrativamente ou judicialmente, nasce ao filho o direito de propor a ação declaratória de ascendência genética em face de o doador ou de os supostos doadores. Caso o laboratório/entidade hospitalar não consiga precisar o doador, haverá a possibilidade de incluir dos eventuais doadores em litisconsórcio passivo facultativo. Referida demanda será exclusivamente declaratória, sem resultar na averbação de paternidade em registro de nascimento, bem como nos direitos sucessórios e obrigacionais.

No decorrer da ação declaratória será adotado o procedimento ordinário, com a ênfase ao princípio do contraditório e ampla defesa, inclusive com a realização da fase probatória, entre elas a prova pericial do exame de DNA, que será adequado para proteger o direito fundamental à verdadeira identidade biológica do ser. Com efeito, tal exame genético é capaz de demonstrar a paternidade e a maternidade em percentual próximo a 100% (99,99999997%), o que representa certeza científica (LUNARDI, 2013, p. 329). Apenas para ressaltar, sem intenção de aprofundamento do tema, no caso em tela, a recusa do requerido a submissão do exame de DNA, não poderá ser aplicada a Sumula 301 do STJ, pois não se trata de investigação de paternidade.

Desta forma, entendemos que a ação correta para tal finalidade não é a ação de investigação de paternidade, regulamentada pela 8.560/1992, nem mesmo a necessidade de procedimento a ser regulamento em lei especial, mas sim a ação meramente declaratória (art. 20 do CPC) de ascendência genética, pelo procedimento ordinário, sem necessidade de uma ação própria com procedimento especial.

## CONCLUSÃO

O Direito caminha em direção dos anseios da sociedade, pois é em razão dela que existe e tem forma. Nesse sentido, não pode o Estado negar ao cidadão o direito a sua origem,

que lhe é garantido constitucionalmente, haja vista que uma Constituição fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana jamais poderá cercear a tutela desse direito.

O cuidado e a vulnerabilidade se inserem no sistema jurídico como valores a serem respeitados pelos operadores do Direito. O desafio do tema se enquadra na vulnerabilidade daquele que almeja saber sua identidade genética, e por outro lado o cuidado, o zelo que se deve dispor no julgamento desse direito indisponível.

Ressalva-se que não se pode alegar falta de legislação, pois os princípios que se pautam o acesso à identidade biológica estão expressos na Constituição Federal, bem como em leis ordinárias como Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê de forma indireta esse direito.

Nessa esteira, fica nítida a falta de direito por parte do Estado em impedir o acesso à identidade biológica, em razão de não existir embasamento social e nem jurídico para essa restrição, o que há é medo e ausência de interesse por parte do Estado em enfrentar esse conflito que, aliás, não lhe pertence, haja vista que o conflito será vivenciado por aquele procriado pela reprodução assistida em optar pela busca da sua origem, cabendo apenas ao Estado o dever de garantir essa escolha, assegurando-lhe a sua dignidade.

A proposta processual é dar ao titular do direito à identidade genética efetividade a esse direito fundamental. Dessa forma, primeiramente deve o autor da ação, que em regra será o filho maior de idade acionar a instituição laboratorial ou hospitalar.

A tutela a ser alcançada no caso em tela é a declaratória condenatória de obrigação de fazer, ou seja, busca-se a declaração do autor de ter sua identidade genética investigada, com a condenação do requerido em fornecer a identidade do doador, ou quem seriam os possíveis doadores.

Após o fornecimento do(s) nome(s) e identificação do(s) doador(es), seja administrativamente ou judicialmente, nasce ao filho o direito de propor a ação declaratória de ascendência genética em face de o doador ou de os supostos doadores. Caso o laboratório/entidade hospitalar não consiga precisar o doador, haverá a possibilidade de incluir dos eventuais doadores em litisconsórcio passivo facultativo. Referida demanda será exclusivamente declaratória, sem resultar na averbação de paternidade em registro de nascimento, bem como nos direitos sucessórios e obrigacionais.

Portanto, fica cristalino, que não se trata de uma ação de investigação de paternidade que terá como efeito a criação de vínculos obrigacionais e afetivos, ao contrário aqui apenas se busca uma biografia biológica, não dá mais!

## REFERÊNCIAS

ABOIN, Ana Carolina Moraes; SICUTO, Alana Gabi Sicuto. **Diálogos em direito: a tutela de direitos em face das novas tecnologias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CIRUZZI, Maria S. **Las técnica de reprocción assistida em el anteproyecto de reforma AL Código Civil: um enfoque bioético**. 2012. Disponível em: <<http://www.microjuris.com>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: analisis del anteproyecto de reforma AL Código Civil e Comercial**. 2013. Disponível em: <<http://www.microjuris.com>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

CLARK, Katrina. *My father was an anonymous sperm donor*. In: *The Washington Post*. 17/12/2006. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com>>. Acesso em: 02 abr. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNÁNDEZ, Eugenia Silvia. **Tratado de derecho de niñas, niños y adolescentes**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015. tomo I.

FRITZ, Karina Nunes. Tribunal alemão reconheceu direito à identificação do doador de sêmen. In: **Fonte: Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

HERRERA, Marisa; DE CARLUCCI; Kemelmajer *et al.* **Tratado de derecho de familia (según el Código Civil y Comercial)**. Madrid: Editorial Rubinzal Culzone, 2014.

HERRERA, Marisa; GRAHAM, Marisa. **Derechos de las familias, infancia y adolescencia**. Madrid: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVA, Lorena. *Identidad desconocida: el lado no previsto de la fertilización asistida*. Publicado em: *La Nación*, 18 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

OLIVEIRA, Elaine Cristina de Araújo, LIRA, Daniel Ferreira de. **Ação de investigação de paternidade e ação de investigação de ascendência genética: aspectos materiais e processuais**. 2014. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11622&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11622&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em 01 mar. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme; PEREIRA, Tânia da Silva. **Cuidado & vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética da Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O direito fundamental à identidade genética e a condução coercitiva para realização de exame de DNA: um debate necessário. *In: Direitos Fundamentais e Justiça (eletrônica)*, vol. 07, nº 23, p. 308-335. São Paulo, abr./jun. 2013.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Tatiana Vanessa Saccol da; SPODE, Sheila. **O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo**. 2013. Disponível em: <<http://www.cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/.../4137>>. Acesso em: 28 jun. 2014.