III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; Leonardo Rabelo de Matos Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-352-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Animais. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Neste ano de 2021 o encontro do Conpedi aconteceu, mais uma vez, de forma online – foi o III Encontro Virtual do CONPEDI, que aconteceu de 23 a 28 de junho de 2021 e o tema norteador não poderia ser outro: Saúde: segurança humana para a democracia.

Como de costume, o encontro reuniu pesquisadores de todo o país, demonstrando a qualidade da pesquisa realizada nos Programas de Pós Graduação das diversas universidades brasileiras.

É importante mencionar que este encontro, que aconteceu a partir da reunião de muitos esforços, contou com a participação de muitos pesquisadores, estudantes e professores – e sem dúvida alguma, foi um sucesso!!!

Considerando a dinâmica observada no biodireito e sua proeminência na sociedade contemporânea, bem como as transformações constantes que envolvem o direito em tempos pandêmicos, os trabalhos apresentados neste GT, assim como as discussões e os debates propostos, possibilitaram perceber-se uma ressignificação da sociedade e dos seus atores sociais, e, consequentemente, o surgimento de novos ramos do conhecimento científico – que ao final, com certeza, contribuem para um novo olhar sobre a pesquisa jurídica.

Partindo deste cenário, apresentamos o GT Biodireito e Direito dos Animais II, o qual foi organizado em blocos de discussões, permeados por temas a fins. Notadamente, neste ano de 2021, o GT contou com muitos trabalhos focados no tema da pandemia.

Convidamos a todos que leiam os textos apresentados neste GT.

Junho de 2021 – Pandemia de Covid-19.

Profa. Dra. Janaína Machado Sturza – UNIJUI/RS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A COLISÃO ENTRE O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GÉNETICA

THE PERSONALITY RIGHTS AND THE COLLISION BETWEEN THE DONOR ANONYMITY AND THE RIGHT TO KNOWLEDGE OF THE GENETIC ORIGIN

Alessandro Severino Valler Zenni [1]
Juliani Bruna Leite Silva [2]
Geisieli Mariany Bonini [3]

Resumo

Este artigo objetiva analisar uma das diversas repercussões advindas das técnicas de reprodução humana assistida, a colisão entre o direito ao sigilo do doador e o direito à origem genética do concebido e os efeitos de tal circunstância para o Direito da Personalidade e para a responsabilização civil pela impossibilidade de cognição da origem biológica. Dessa forma, por meio do método hipotético-dedutivo, da revisão bibliográfica e documental, são examinados os conceitos de reprodução humana assistida, direito ao sigilo, direito à origem genética e são observados os reflexos nos Direitos da Personalidade e na responsabilidade civil.

Palavras-chave: Direito ao sigilo, Direitos da personalidade, Identidade biológica, Reprodução humana assistida, Responsabilidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

This article is to analyze one of the several repercussions from the assisted human reproduction techniques, the divergence between the right to secrecy the donor and the individual right to know its genetic origin, as well as, the effects of these circumstances for the personality rights and civil liability due the impossibility of cognition of its biological origin. Thus, by means of the hypothetical-deductive method and by bibliographic and documentary, the concepts of assisted human reproduction, the right to secrecy, the right to genetic origin are examined, and reflections on personality rights and civil liability are observed.

[1] Professor. Pós-Doutor na Universidade de Lisboa. Doutor em Filosofia do Direito pela PUCSP. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Graduado em Direito pela UEM.

[2] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UniCesumar). Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar).

[3] Mestranda pela UniCesumar. Graduada em Direito pelo Unicesumar; Pós-Graduanda em docência no ensino superior pela Faculdade Unina. Pós-graduanda em Direito do Agronegócio pelo Unicesumar. Advogada.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to secrecy, Personality rights, Biological identity, Assisted human reproduction, Civil responsibility

1 INTRODUÇÃO

Diante do avanço da tecnologia, novas conjunturas foram surgindo no contexto social. As técnicas de reprodução humana assistida são parte dessa realidade, de modo que a sua concretização promove repercussões para além da esfera comum, com a expansão dos seus efeitos, inclusive, para a seara jurídica.

Nas técnicas de reprodução humana assistida em sua modalidade heteróloga, o material genético utilizado advém dos bancos de doação. O doador, por sua vez, tem o direito de que a sua identidade seja mantida em sigilo, via de regra. Por outro lado, no entanto, todo indivíduo concebido tem direito à cognição da sua respectiva origem genética.

Tal circunstância configura uma evidente colisão entre direitos e repercute no Direito das Famílias. À vista disso, o presente estudo possui como problema de pesquisa as seguintes indagações: com base na colisão entre o direito ao anonimato do doador e o direito à origem genética do concebido, qual direito deve prevalecer? Ainda, é possível se falar em responsabilização civil pela impossibilidade de conhecimento da origem genética?

O estudo, ora apresentado, tem como hipóteses, as pospositivas considerações: a) o direito à origem genética tem maiores implicações frente à vulnerabilidade da pessoa concebida pelo uso das técnicas de reprodução humana assistida; b) para a prevalência do direito à identidade genética, a via judicial deverá ser buscada; c) os direitos da personalidade são atingidos diante do referido cenário, por isso, pode-se falar em responsabilização civil.

Assim, são observados a reprodução humana assistida, o direito ao sigilo do doador de material genético e o direito à origem genética. Além de serem analisados a responsabilidade civil pela impossibilidade de cognição da identidade biológica e os reflexos aos direitos da personalidade, pelas repercussões da utilização das técnicas de reprodução humana assistida (RHA).

Para tanto, é utilizado o método hipotético-dedutivo, passando pelo falseamento das hipóteses e chegando a conclusão, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica e documental concernente ao tema.

2 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É imperioso adentrar ao tema com a abordagem acerca das técnicas de reprodução humana assistida, pelo fato de serem o eixo central do presente trabalho. Dessa forma, as técnicas de reprodução humana assistida são utilizadas na união do material genético masculino e feminino, de maneira artificial, para que um novo ser humano seja gerado (MORAES, 2019).

Acerca dessas técnicas, conforme explana Carlos Alexandre Moraes (2019, p.67):

> As técnicas de reprodução humana têm por fim auxiliar na fecundação humana com o intuito de gera um novo ser, e isso acontece por meio da manipulação de gametas. O processo consiste em levar o espermatozoide ao encontro do óvulo para a formação de uma nova pessoa sem a relação sexual.

Assim, tais métodos foram implementados com o propósito de propiciar a materialização do projeto parental, que antes encontrava óbices por motivos de infertilidade ou esterilidade.

De acordo com a Resolução de número 2.168 do ano de 2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que regula as normas éticas quanto ao uso das referidas técnicas: ‘’ As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação’’ (CFM, 2017).

Por meio das técnicas de reprodução humana assistida, existem inúmeros métodos que podem ser empregados para procriação. No entanto, é proveitoso destacar e conceituar os dois mecanismos mais usuais na experiência prática, quais sejam: fertilização *in vitro* e inseminação artificial.

Segundo Ana Cláudia Scalquette (2010, p.71) na fertilização *in vitro* ‘’ A fertilização do óvulo pelo espermatozoide ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões’’. Nesse método, a característica se funda no fato de que a fecundação ocorre em laboratório.

Por sua vez, na inseminação artificial, ainda conforme Scalquette (2010, p.71) ‘’ [...] uma quantidade de espermatozoides é introduzida no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter, sem a ocorrência de relação sexual’’. No caso da inseminação, é possível perceber que a fecundação é corpórea.

Ponto importante é o que diz respeito a espécie das técnicas de reprodução humana no que tange a origem das células sexuais, de modo que, sendo procriada uma pessoa por meio dessas técnicas e o material genético pertencer ao casal, será homóloga. De maneira distinta, sendo utilizado o material genético de terceiro, será heteróloga (SILVA, 2002).

As técnicas de reprodução humana assistida na modalidade heteróloga são as pertinentes ao presente estudo, uma vez que, consoante Scalquette (2010, p.52):

> [...] a seu turno, é aquela em que há material genético de pelo menos um terceiro, isto é, ou utiliza-se espermatozoide de doador e óvulo da esposa; ou óvulo de doadora e espermatozoide do marido; ou ambos, óvulo e espermatozoide de doadores.

Nesses casos, em especial a circunstância em que a célula genética é fruto da doação por banco de célula e tecidos germinativos, é que surge a divergência ora apresentada, sendo analisada pormenorizadamente, logo após.

A abordagem acerca das consequências no plano jurídico motivadas pela utilização das técnicas de reprodução humana assistida é necessária, dado que tais métodos se apresentam como realidade crescente no Brasil.

É possível observar que no ano de 2012, constavam 21.074 ciclos de fertilização *in vitro* no país. O índice aumentou drasticamente no decorrer dos anos e em 2018, o Brasil atingiu o número de 43.098 ciclos, segundo o 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) divulgado em 2019 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Assim, é notório que as técnicas de reprodução humana assistida são realidade incorporada pela humanidade e possui crescente índice de incidência na ambiência brasileira, conforme os dados da ANVISA, acima citados.

Ainda, é necessário ressaltar que tais técnicas não possuem uma regulamentação precisa no sistema pátrio, de forma que a referida Resolução sob número 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), é a normatização mais factual do tema. Justamente por isso, situações complexas envolvendo a reprodução humana assistida têm se materializado constantemente.

3 DA COLISÃO ENTRE DIREITOS

Nos métodos de reprodução humana assistida heteróloga, um dos pontos cruciais que se apresenta é a questão de haver uma tensão entre direitos, uma vez que de um lado existe o direito ao sigilo que é garantido ao doador do material genético, contido no artigo IV, da Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, bem como, o direito à intimidade, que está previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, existe o direito a identidade genética, exposto no artigo 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), - ao se reportar a adoção, que, em traçado paralelo com o tema -, advém de imperativo constitucional na proteção da vulnerabilidade das crianças e adolescentes (art. 227, da CF).

Conforme evidencia Ana Cláudia Scalquette (2010, p.228):

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

Dessa forma, o conflito trazido à baila tem como característica a complexidade prática em ser obtida uma solução, por se tratar de uma colisão entre direitos, que apesar de não serem absolutos, como todos os direitos, são de extrema valia para ambas as partes vinculadas.

Observa-se que o crescente avanço científico da reprodução humana assistida, provocou diversos conflitos pessoais e éticos entre as partes envolvidas, pois, além de não ter uma previsão legal de regulamentação, ainda divide os posicionamentos dos estudiosos do tema, nesse sentido: “Esse desenvolvimento na área da fecundação humana tem causado perplexidade, trazendo inúmeras indagações” (MACHADO, 2012, p.32).

Consequentemente, a relação entre o direito à intimidade do doador de gametas e o direito à identidade da pessoa concebida pelas técnicas de reprodução humana assistida, é um assunto extremamente complexo, devendo sempre ser analisados todos os aspectos minuciosamente.

Pela busca de uma análise crítica acerca do conflito, passa-se ao exame dos dois referidos direitos. Primeiramente, será investigado o direito ao sigilo do doador e posteriormente, o direito a identidade genética.

3.1 DO DIREITO AO SIGILO DO DOADOR

Como já referenciado, nas técnicas de reprodução humana na modalidade heteróloga, há a doação de material genético para que a procriação seja efetivada. Os doadores de célula genética possuem prerrogativas, conforme disciplina, de maneira específica, a Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo IV.

Do artigo IV, da menciona Resolução, é possível extrair o seguinte trecho:

> IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. [...] 4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a). 5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

Conforme determina o Conselho Federal de Medicina (CFM), os doadores e os receptores não devem ter conhecimento acerca de uns aos outros, de forma que o sigilo será mantido a respeito de suas respectivas identidades e somente em casos excepcionais, a identidade poderá ser revelada aos médicos.

Nos dizeres de Maria Cláudia Crespo Brauner (2003, p.88):

> A identidade do doador só pode ser revelada em casos de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informações genéticas indispensáveis à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa.

Assim, o sigilo quanto a identidade do doador do material genético é preservado, em regra, e apenas em circunstâncias envolvendo a saúde da pessoa concebida e que a identificação do doador se mostre como necessidade concreta, é que poderá ser revelada a identificação do doador.

Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito à intimidade no artigo 5º, inciso X, ao destacar que ‘’ [...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’’.

O direito à intimidade faz parte do contexto psíquico da pessoa, tendo como objetivo a proteção da privacidade. Segundo Carlos Alberto Bittar (2015, p.172) tal direito ‘’ Consubstancia-se em mecanismos de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias [...]’’.

Ainda de acordo com Bittar (2014, p.174) o direito à intimidade é um direito negativo, uma vez que, ‘’ [...] expresso exatamente pela não exposição e não intromissão a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular’’.

Assim, o direito pertencente ao doador de material genético de manter a sua identidade resguardada em sigilo, se traduz no direito à intimidade e possui a prerrogativa de não sofrer ingerências alheias ao seu aspecto pessoal e íntimo.

3.2 DO DIREITO DE CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao tratar da adoção, disciplina em seu artigo 48 o direito de conhecimento da origem genética. Analogicamente, todas as pessoas e, inclusive, a pessoa concebida pelas técnicas de reprodução humana assistida, possuem o direito de cognição acerca da sua proveniência biológica.

Conforme aduz Rolf Madaleno (2020, p.540) acerca do direito à origem genética:

> O direito de conhecer a própria origem consiste em investigar e determinar a paternidade ou a maternidade biológica que não corresponde à real, eis que outra pessoa cumpre de modo irrevogável as funções parentais, como sucede na filiação proveniente da doação de gametas na inseminação assistida [...].

Assim, o direito à origem biológica se funda na investigação dos ascendentes, no caso das técnicas de reprodução humana assistida em sua espécie heteróloga, seja por fertilização *in vitro* ou seja por inseminação artificial, consiste em buscar a identidade do sujeito doador de material genético que possibilitou a procriação.

Washington de Barros Monteiro (2016, p.533) ao tratar da irrevogabilidade e da origem genética nos casos de adoção, destaca uma consideração importante acerca do direito de obter o conhecimento sobre a identidade biológica, de acordo com o autor ‘’ [...] com vistas à proteção

de sua integridade psíquica e de sua saúde, em razão das implicações psicológicas e sanitárias desses laços sanguíneos''.

Sobre a temática, na defesa do direito de conhecimento da identidade genética, se posiciona Guilherme Calmon (2003, p.803):

> [...] o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

Nesse sentido, é evidente a consideração de que o direito ao sigilo do indivíduo que promoveu a doação de material genético, existe e é reconhecido, como ora já analisado, de igual modo, o direito à origem genética. Este direito por sua vez, propicia ao ser concebido, o acesso aos elementos históricos e pessoais.

De acordo com Carlos Alexandre Moraes (2019, p.222) '' Independentemente de sua condição social ou intelectual, regra geral, as pessoas, sejam elas criança, adolescente, jovem, adulta ou idosa, têm interesse em saber quem são seus pais''. O interesse em conhecer a origem biológica pode estar atrelado à busca pelo próprio autoconhecimento, com os indivíduos nascidos pelas técnicas de reprodução humana assistida por intermédio da doação de material genético, essa realidade não é distinta.

Assim, respaldam o direito à identidade genética, o princípio da igualdade, expresso no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que '' Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]''.

Nessa senda, o direito de conhecer a origem biológica vai de encontro com o ideal de igualdade, uma vez que é certo que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida mediante doação de material genético, não pode proporcionar uma diferenciação.

Além disso, o artigo 227, § 6º, também da Constituição Federal proíbe designações discriminatórias entre os filhos e defere direitos e qualificações iguais entre os mesmos, o que caracteriza o princípio da igualdade entre os filhos.

Há de se observar que a cognição da origem genética não exprime a relação paterno-filial constituída pela técnica de reprodução humana assistida, todavia, da concretude ao direito à identidade. Acerca disso, é importante salientar que "[...] a identidade genética não se

confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo" (LÔBO, 2004).

Pelo preceito de Carlos Alexandre Moraes (2019, p.223):

> É certo que, se o filho concebido por meio das técnicas de reprodução humana desejar saber quem são seus pais biológicos, o Poder Judiciário deverá ordenar à clínica que realizou os procedimentos que revele a identidade daquele, pois, caso contrário, será caso de discriminação com os filhos provenientes das técnicas e aqueles frutos de relações sexuais.

Assim, a concretização do direito ao conhecimento da origem genética, dependerá do Poder Judiciário e levando em consideração o princípio da igualdade entre os filhos, digno de assento constitucional (art. 227, parágrafo 6º, da CF) é possível perceber que o direito à origem biológica deve ser respeitado.

Ainda de acordo com Carlos Alexandre Moraes (2019, p.226):

> Existe o direito ao reconhecimento da origem genética e ninguém pode sofrer qualquer limitação a esse direito, que se origina do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado pela Constituição Federal de 1988. O concebido pode ser prejudicado se sua história genética se perder. Por exemplo, se num futuro próximo aquele se ver acometido de leucemia, uma doença que pode ser curada pela compatibilidade consanguínea. O tratamento será prejudicado pelo desconhecimento de sua origem genética, além dos danos psicológicos que isso acarretar, por não conhecer seus pais biológicos, existindo ainda a chance de grave risco de incesto, por serem filhos do mesmo doador, como também do doador com seu filho ou filha biológicos.

Dessa maneira, o direito à origem genética também se funda na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, exposta no artigo 1º, inciso III e elemento primordial da vida humana. Por fim, o não conhecimento da origem biológica pode propiciar inúmeros reflexos para a vida do indivíduo concebido, o que inclui o dano psicológico.

4 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são direitos essenciais à existência humana, possuindo uma ligação intrínseca com o desenvolvimento da vida. Conforme acentua Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2019, p.417) '' [...] direito da personalidade se relaciona com tudo o que é necessário ao exercício da vida digna''.

Conforme Patrícia de Souza e Zulmar Fachin (2019, p. 324) enfatizam, a Constituição Federal de 1988 formalizou os Direitos da Personalidade no rol dos "Direitos e Garantias

Fundamentais". Os autores esclarecem que a terminologia adotada, ou seja, Direitos Fundamentais, diz respeito ao reflexo da construção doutrinário do Direito Público. Além disso, os direitos da personalidade formalizados na Constituição Federal, no Código Civil ou em leis, protegem e efetivam a dignidade humana (Ibidem, p. 332).

De encontro a isso, vão as palavras de Carlos Alberto Bittar (2014, p.29) ao conceituar os direitos da personalidade. Nesse sentido, para Bittar são considerados os direitos da personalidade, aqueles direitos que são reconhecidos em relação à pessoa humana, em si mesma e em suas projeções sociais, considerada. Tais direitos encontram previsão no sistema jurídico para que haja uma defesa dos valores inatos no homem, tais como a intimidade, a intelectualidade, a higidez física, a honra, o segredo, o respeito e a vida, entre outros tantos.

De acordo com Cleide Aparecida Fermentão (2006, p.245):

> Por meio dos direitos da personalidade, o ser humano tem tutelados pelo Direito a garantia e o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana. Essa garantia abrange toda a esfera individual, acrescentando-lhe o respeito a valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade.

Diante do caráter essencial dos direitos da personalidade e de sua intensa valoração para a caracterização dos demais direitos subjetivos, é que existe proteção sobre os componentes necessários para a concretização e para o desenvolvimento adequado da personalidade humana.

Segundo o exposto por Anderson Schreiber (2014, p.9):

> O uso indevido de imagem, a discriminação genética, a invasão à privacidade, o furto de dados pessoais, a agressão física ou psicológica são exemplos de outros perigos que cercam a condição humana. Na prática jurídica, tais perigos dão ensejo a um conjunto amplo de impasses e conflitos que não podem ser enfrentados e resolvidos com uma simples alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessário especificar, em cada situação concreta, o seu efetivo conteúdo. Foi com esse propósito que, em diversos países, a antiga doutrina dos direitos da personalidade passou a ser revisitada.

Os direitos da personalidade passaram por uma forte resistência ao longo da história, mas por meio das transformações vividas pelo seio social, foi sendo notada a necessidade de proteção de tais direitos para a consequente tutela de prerrogativas.

Tais direitos encontram previsão na Constituição Federal de 1988, no 5º, inciso X, assim como no Capítulo II, do artigo 11 ao 21, do Código Civil e demais leis esparsas. É importante frisar que o rol de direitos da personalidade é amplo e possui uma tutela geral.

Para Anderson Schreiber (2014, p.18) ‘’ [...] a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares [...]’’.

Com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade promovem a tutela sobre os elementos essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Consoante Maria Helena Diniz (2009, p.62):

> A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito a personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é para sobreviver e se adaptar as condições do ambiente, em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Assim, ambos os direito abordados, são direitos de extrema valia, correlacionados com os direitos da personalidade. Diante da colisão entre eles, ou seja, a circunstância conflituosa entre o direito ao sigilo do doador e o direito à origem genética do sujeito[1] concebido pelas técnicas de reprodução humana assistida, os direitos da personalidade das partes envolvidas, divergem de uma forma ou de outra.

Nessa senda, caberá ao Poder Judiciário determinar qual direito deverá prevalecer sobre o outro, observando qual a possibilidade menos danosa às partes e aos seus respectivos direitos da personalidade.

Como expõe Carlos Alexandre Moraes (2019, p.226):

> Ao se utilizarem das técnicas de reprodução humana assistida na modalidade heteróloga, os pais tiram dos filhos o direito de conhecer seus pais biológicos. Os direitos da personalidade são imprescritíveis, indisponíveis, irrenunciáveis e intransferíveis, e tal prática fere a integridade psíquica da criança, podendo gerar graves danos à personalidade da pessoa [...].

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida coloca muitos direitos da personalidade em risco, como ocorre na conjuntura ora apresentada. Mas é possível notar que

[1] A identidade genética é direito personalíssimo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo digno de registro o julgamento do ARE 900521, em que o Ministro Fachin relativizou a coisa julgada em ação declaratória de paternidade por ausência do exame DNA, destacando que o desvelar da ascendência genética consubstancia direito de personalidade ínsito à dignidade de pessoa humana

os direitos do filho, promovem reflexos mais danosos ao ser desconsiderado em face do direito do doador.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA

Os direitos da cognição da origem biológica e do sigilo da identidade do doador não são diretos absolutos, no entanto as respectivas violações resultam no dever de reparação de danos, aqui surge a responsabilidade civil.

Cabe destacar que embora apresentada a colisão entre os dois direitos, o presente artigo propende para o direito que detém o titular mais vulnerável, isto é, o direito ao conhecimento da origem genética, isso porque diferentemente do doador que teve liberdade de escolha ao doar, aquele que nasceu pelo uso de seu material genético, não vislumbrou a mesma faculdade.

Sendo assim, havendo a violação ao direito de conhecimento da origem genética, cabe responsabilização civil. Nesse sentido, conforme preceitua Sérgio Cavalieri Filho (2018, p.13):

> Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Dessa forma, havendo um desvio de conduta contra um direito alheio, surge um dever de contraprestação mediante o intuito de recompensar o dano, nessa senda consiste a essência da responsabilização civil.

No campo legal, o Código Civil de 2002 dispõe acerca da responsabilidade civil em seu artigo 186, do referido artigo é possível extrair o seguinte conteúdo: ‘’ [...] Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito’’ (BRASIL, 2002).

Acerca da responsabilidade civil subjetiva pela impossibilidade de conhecer os pais biológicos, conforme aborda Carlos Alexandre Moraes (2019, p.228) elencando os elementos necessários para a caracterização da responsabilidade civil: ação, nexo causal e dano, de ordem

moral por ofensa à integridade psíquica do nascido pela doação de material genético e posteriormente impossibilitado de conhecer a origem biológica.

Inolvidável que o reconhecimento de que a cognição sobre identidade genética, como direito da personalidade, vulnerado, como qualquer direito personalíssimo, redunda em ofensa imaterial passível de reparação (art. 12, CC).

Por fim, fala importante vem da parte de Luiz Edson Fachin (1999, p.297) no transcurso do estado de natureza a engenharia genética, os fatos surpreendem o Direito, diante da pessoa como sujeito e objeto das relações jurídicas. Assim, as mais certezas da técnica, devem passar pelo filtro da juridicidade, haja vista que é onde encontra os limites e as possibilidades.

CONCLUSÃO

Inicialmente, deve-se observar que diante dos avanços da tecnologia, novas conjunturas foram surgindo no contexto social, logo, as técnicas de reprodução humana assistida são parte dessa realidade, de modo que a sua concretização promove repercussões para além da esfera comum, com a expansão dos seus efeitos, inclusive, para a seara jurídica.

Ainda, deve-se ressaltar que tais técnicas, bem como qual direito deve prevalecer, não possuem uma regulamentação precisa no sistema pátrio, de forma que a Resolução sob número 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) é a normatização mais factual do tema. E, justamente por isso, situações complexas envolvendo a reprodução humana assistida têm se materializado constantemente.

No que corresponde ao direito de sigilo do doador, nota-se que se reporta a um direito à intimidade, desta forma, possui a prerrogativa de não sofrer ingerências alheias ao seu aspecto pessoal e íntimo. Por outro viés, há de se averiguar o direito ao conhecimento da origem genética, na qual se funda na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, exposta no artigo 1º, inciso III e elemento primordial da vida humana.

Por fim, ressalta-se que a cognição da origem genética não exprime a relação paterno-filial constituída pela técnica de reprodução humana assistida, todavia, da concretude ao direito à identidade. Portanto, o não conhecimento da origem biológica pode propiciar inúmeros reflexos para a vida do indivíduo concebido, o que inclui o dano psicológico.

Vista a dialética acerca do tema, mostra-se de bom alvitre, em nome da precedência condicionada, revocando a vulnerabilidade do indivíduo nascido pela utilização de material

genético doado em banco de célula e tecidos germinativos e pela sua ausência da liberdade de escolha, a qual detém o doador de material biológico, dar precedência condicionada ao direito ao conhecimento da origem genética sobre o direito ao sigilo do doador. *A fortiori* em virtude de o adotado fazer jus à cognição acerca da identidade genética, cujo paralelo é plausível por razões de semelhança, dado que em ambas as circunstâncias a filiação não deflui de reprodução biológica.

Considera-se de suma importância ambos os direitos, não havendo desqualificação de nenhum deles, no entanto, o direito à cognição da origem genética traduz-se como uma necessidade humana de autoconhecimento, ao passo que a sua violação, pode acarretar inúmeros danos, em especial, na esfera psíquica.

Portanto, também é possível recorrer à responsabilização civil, respeitados os seus elementos, com o intuito de ser reparado dano motivado pelo uso das técnicas de reprodução humana assistida com utilização de material genético doado e que configure ofensa ao direito de conhecimento da origem biológica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio).** 2019. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/4048533/4994015/12%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio.pdf/29f37c42-803d-4fe9-8f16-cf6cfc70f40e. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jun. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** Conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.168/2017.** 2017. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168. Acesso em: 22 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, v.6, n.1, p.241-266, 2006. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313. Acesso em: 1 ago. 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. *In:* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus (org.). **Direitos da personalidade:** a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. São Paulo: Manole, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, 2004. Disponível em:http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria. Acesso em: 23 jun. 2020.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida:** aspectos éticos e jurídicos. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil:** direito de família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 2.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

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

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito:** investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; FACHIN, Zulmar. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o Estado contemporâneo: Um olhar sob o viés dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE),** v.7, n.3, p.311-340, 2019. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/610. Acesso em: 27 mar. 2021.