# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

FABRÍCIO VEIGA COSTA

#### Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara - ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### Secretarias:

Relações Institucionais - Ministro José Barroso Filho - IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos - Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Eloy Pereira Lemos Junior; Rafael Peteffi da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-513-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaniedade. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



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



Universidade Federal do Maranhão -UFMA São Luís – Maranhão - Brasil www.portais.ufma.br/PortalUfma/ index.jsf

# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

#### Apresentação

O Grupo de Trabalho intitulado "Direito Civil Contemporâneo I", realizado no XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, na cidade de São Luís do Maranhão, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, foi coordenado pelos professores doutores Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna); Rafael Peteffi da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina); Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna).

No respectivo grupo de trabalho os pesquisadores Eloy Pereira Lemos Junior e Thiago da Cruz Santos inicialmente trouxeram a discussão da (in) aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios. Tais reflexões científicas foram ampliadas por meio do debate da teoria do inadimplemento eficiente e os negócios jurídicos, cuja delimitação do objeto de pesquisa se deu na análise do "efficiente breach" no plano da eficácia, proposições essas trazidas por César Augusto de Castro Fiuza e Victor Duarte Almeida. Na mesma perspectiva de abordagem, José Gabriel Boschi trouxe o debate sobre a teoria dos contratos incompletos no contexto da análise econômica do direito.

O estudo do contrato de adesão na perspectiva crítico-comparativa do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor foi desenvolvido por Jonas Guedes de Lima e Luiz do Nascimento Guedes Neto. A locação de área comum em condomínios edilícios foi importante debate proposto na pesquisa de Cinthia Meneses Maia, seguida da apresentação realizada por Maria Zilda Vasconcelos Fernandes Viana e Alana Nunes de Mesquita Vasconcelos, que resgataram o instituto da Locatio Conductio e o analisou no contexto do direito civil contemporâneo brasileiro.

O descumprimento do contrato de prestação de serviços educacionais e a problemática do dano moral nas instituições privadas de ensino superior no Brasil foi importante tema amplamente debatido pelos pesquisadores Fabrício Veiga Costa e Érica Patrícia Moreira de Freitas.

Reflexões sobre o direito fundamental ao esquecimento foram propostas no trabalho apresentado por Ricardo Duarte Guimarães, destacando-se na sequencia das apresentações o estudo da intervenção da posse à luz da função social, estudo esse desenvolvido por Ronald Pinto de Carvalho.

A responsabilidade civil no contexto do dano existencial foi objeto de investigação de Élida

De Cássia Mamede Da Costa e Francisco Geraldo Matos Santos. No mesmo contexto

propositivo, Laira Carone Rachid Domith e Brener Duque Belozi debateram o abandono

moral dos filhos pelos pais decorrente da hiperexploração laboral, delimitando-se o objeto de

análise no dano existencial imposto ao empregado ao dano reflexo a sua prole. Os critérios

para a fixação do quantum compensatório nos danos extrapatrimoniais foi claramente

trabalhado por Estela Cardoso Freire e Lucas Campos de Andrade Silva.

Reflexões acerca da possibilidade jurídica da usucapião de bens públicos dominicais,

contextualizando-se com a afetação e a desafetação dos bens públicos, foi importante estudo

apresentado por Aloísio Alencar Bolwerk e Graziele Cristina Lopes Ribeiro.

Por meio de uma pesquisa realizada mediante a utilização de análises comparativas, Vilmar

Rego Oliveira analisou os aspectos teóricos relevantes da desconsideração da personalidade

jurídica no direito luso-brasileiro.

A análise sobre a positivação dos princípios da concentração da matrícula imobiliária e a fé

pública registral foi objeto de abordagem trazida nas aporias propositivas de Marfisa Oliveira

Cacau. No mesmo contexto temático, o professor doutor Marcelo Sampaio Siqueira e a

pesquisadora Monica de Sá Pinto Nogueira trouxeram à baila o estudo a multipropriedade

imobiliária no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final, debateu-se o conflito existente entre o direito à origem genética e o direito à

intimidade na reprodução medicamente assistida heteróloga, pesquisa essa desenvolvida por

Pollyanna Thays Zanetti.

Os debates construídos ao longo das apresentações foram essenciais para a identificação de

aporias e o despertar da curiosidade epistemológica, evidenciando-se claramente a

falibilidade do conhecimento científico.

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva - UFSC

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior - UIT

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa - UIT

# O CONFLITO ENTRE O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA E O DIREITO À INTIMIDADE NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

# THE CONFLICT BETWEEN THE RIGHT TO GENETIC ORIGIN AND THE RIGHT TO INTIMACY IN HETEROLOGICAL ASSISTED REPRODUCTION

Pollyanna Thays Zanetti 1

#### Resumo

Este estudo visa analisar o conflito de direitos decorrentes da técnica de reprodução humana assistida heteróloga. Para isso, buscou-se contrapor os argumentos contrários e favoráveis ao reconhecimento da origem genética face ao direito de intimidade do doador. Ao final, buscou-se apontar como solução, a possibilidade de o indivíduo gerado por essa técnica ter acesso aos seus dados genéticos para preservar sua saúde e possibilitar o livre desenvolvimento de sua personalidade através do conhecimento de sua origem, entretanto, sem que acesse a identidade civil do doador do material genético. Defendeu-se, ainda, a aplicação da técnica da ponderação para os demais casos.

**Palavras-chave:** Reprodução humana assistida, Inseminação artificial, Origem genética, Intimidade, Direitos da personalidade

#### Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the conflict of rights arising from the technique of assisted human reproduction. Therefore, we present contrary and in favor arguments of the recognition of genetic origin face the donor's right to privacy. We seek to point as solution, the possibility of the individual generated by this technique to have access to their genetic data to preserve their health and enable the development of their personality rights through knowledge of their origin, however, without the possibility of accessing the identity of the donor. We also defended the application of the weighting technique for the other cases.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Assisted human reproduction, Artificial insemination, Genetic origin, Intimacy, Rights of the personality

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Advogada.

#### 1 INTRODUÇÃO

Têm-se notícia de que as primeiras técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas ainda no Século XIV quando "os povos árabes buscavam a criação de uma raça de cavalos mais forte e resistente". Apesar disso, o primeiro registro científico dessa técnica ocorreu somente no ano de 1779, quando o italiano Lázaro Spalanzani, inseminou uma cadela no cio com o sêmen de um cachorro, resultando da inseminação, o nascimento de três filhotes².

Em seres humanos, o procedimento da inseminação artificial *in vitro* rendeu seu primeiro fruto na década de 1970: a inglesa Louise Brown. No Brasil, tal técnica foi aplicada com sucesso pela primeira vez no ano de 1984.

Apesar das questões religiosas, éticas e filosóficas que envolvem o tema, as técnicas de reprodução humana assistida (RA), significaram um grande avanço na história da humanidade, uma vez que romperam as barreiras da infertilidade, possibilitando a concretização do projeto parental de diversas famílias que eram incapazes de reproduzirem.

Além disso, a técnica de reprodução humana assistida, contribuiu para que mulheres solteiras que desejam constituir uma família monoparental, constitucionalmente resguardada, e mais tarde, as famílias homoafetivas, também pudessem concretizar seu projeto parental, permitindo a materialização do desejo de terem filhos biológicos.

Entretanto, o aumento considerável pela procura de tal técnica no Brasil nos últimos anos – especificamente 528% em 18 anos segundo o Pro-seed<sup>3</sup>, primeiro banco de sêmen do País – traz para o mundo jurídico debates que na década de 1980, quando a técnica foi aplicada pela primeira vez no país, eram inimagináveis.

Isso porque, somente após o completo mapeamento do DNA humano, que foi desmistificado através do Projeto Genoma Humano, concluído no ano de 2003, passou a ser possível identificar cada ser como único no mundo, sendo possível saber toda história genética de cada indivíduo.

Em razão do avanço que o mapeamento do DNA representou na história da humanidade, Francis Collins, diretor do National Human Genome Research Institute, do National Institutes of Health, órgão responsável pelo Human Genome Project (HGP), afirmou, no ano de 1999 em entrevista para o programa Newsstand da CNN, que o projeto genoma foi

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> SAVIN apud SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 188

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Vide maiores informações em <a href="http://www.proseed.com.br/noticia/sao\_paulo\_exporta\_semen">http://www.proseed.com.br/noticia/sao\_paulo\_exporta\_semen</a>

mais significativo do que outras celebradas conquistas humanas, como a divisão do átomo e a ida à lua, uma vez que suas descobertas possibilitam uma viagem para dentro de nós mesmos, permitindo conhecimentos inimagináveis anteriormente sobre o homem<sup>4</sup>.

Nesse sentido, a possibilidade de conhecimento da ancestralidade face às novas descobertas no campo da ciência, contraposta às regras de sigilo do doador adotadas pelas clínicas de reprodução humana assistida no Brasil, traz para o mundo jurídico o conflito entre dois direitos fundamentais: o direito que tem o indivíduo gerado de saber sua origem genética e o direito do doador que, por meio de celebração de contrato, teve garantido o seu direito ao anonimato, preservando, assim, sua intimidade.

No Brasil, não há legislação que regulamente o tema, sendo a matéria atualmente tratada pela resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que prevê a impossibilidade de acesso aos dados genéticos do doador, sendo possível, entretanto, o acesso a tais dados, excepcionalmente, pelo médico, em caso de motivação médica, resguardando-se, em qualquer dos casos, a identidade civil do doador.

O presente trabalho buscará analisar os argumentos contrários e favoráveis à possibilidade de acesso aos dados genéticos do doador pelo indivíduo gerado pela técnica de Reprodução Humana Assistida, bem como suas implicações na esfera jurídica da intimidade do doador.

### 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Segundo Marize Cunha de Souza<sup>5</sup>, denomina-se reprodução humana assistida, o "conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis".

O tema reprodução humana sempre foi de fundamental importância na história da humanidade. Nos escritos religiosos, por exemplo, a fecundidade da mulher torna seu papel na família essencial para a continuidade da linhagem do pai.

Nesse sentido:

\_

A importância e o valor da mulher no quadro da família estão localizados principalmente na sua maternidade, naquela que, com seus sofrimentos, assegura a

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> COLLINS apud RÜGER, André. Conflitos Familiares em Genética Humana: O profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. 2007. 220f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> SOUZA, Marise cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. In: Revista da EMERJ, Rio de Janeiro: v. 13, n° 50, 2010. p. 349.

continuidade da família e do clã, tornando-se, assim, a medianeira das Bênçãos divinas. Nos cultos, Israel celebra a felicidade do homem justo que tem uma mulher fecunda e numerosos filhos. Também na sociedade patriarcal, que se caracteriza pelo primado da virilidade, a mulher fecunda adquire uma importância que a torna especial para o marido. Apesar de casos em que a mulher pode ser amada independentemente da sua capacidade de procriar, a ênfase é dada à importância da fertilidade na família e da localização da infertilidade na mulher. Do mesmo modo, o pai é valorizado pelo número de filhos que tem, os quais deverão ser responsáveis por sua continuidade. O mistério da continuidade e a vitalidade da estirpe celebra-se num diálogo de gerações, cujos filhos fazem reviver o pai e o pai dá sentido aos filhos.6

Da mesma forma, a procriação era essencial para a manutenção do poder da nobreza durante os regimes absolutistas. Tal fato pode ser comprovado pela narrativa de vida de Henrique VIII, Rei da Inglaterra, que casou-se inúmeras vezes na tentativa de conceber um herdeiro do sexo masculino que permitiria a continuação da linhagem Tudor, tendo em vista que sua primeira esposa, Cartarina de Aragão, deu à luz somente uma menina, Maria I, que mais tarde, tornara-se rainha da Inglaterra<sup>7</sup>.

É certo que o objetivo primeiro das técnicas de reprodução humana medicamente assistidas foi superar o problema da infertilidade, permitindo a procriação por pessoas estéreis e inférteis, possibilitando a continuação de sua linhagem e a realização do projeto parental.

Entretanto, o conceito de reprodução assistida anteriormente apresentado, que limita o procedimento às pessoas estéreis ou inférteis deve ser revisto, uma vez que, segundo a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina a técnica poderá ser aplicada em todas as pessoas que solicitem o tratamento, desde que atenda aos limites do regulamento, podendo a técnica ser empregada, ainda, em mulheres solteiras e casais homoafetivos.

Dessa forma, o conceito deveria ser ampliado de forma que fosse denominada reprodução humana assistida, toda técnica empregada por profissional médico competente, que visa facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres.

### 3 ASPECTOS LEGAIS DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida, carece de lei específica que a regulamente no ordenamento jurídico brasileiro, limitando-se o Código Civil, em seu artigo 1.597, V, a

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> MOURA, Marisa Decat de. SOUZA, Maria do Carmo Borges de. SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar, Rio de Janeiro, v.12 n.2, p. 23-42, Dez. 2009. Disponível em <a href="http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1516-">http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1516-</a> 08582009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> MOURA, Marisa Decat de. SOUZA, Maria do Carmo Borges de. SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar, Rio de Janeiro, v.12 n.2, p. 23-42, Dez. 2009. Disponível em <a href="http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 20 ago. 2017.

reconhecer, como concebidos na constância do casamento, os filhos havidos pela reprodução heteróloga, desde que o procedimento tenha sido realizado com a autorização do marido, motivo pelo qual, nos termos do Enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil do CJF, "Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V, do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta".

Inexistindo uma legislação que trate sobre o tema, coube ao Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.121/2015, estipular regras básicas que devem ser aplicadas a quem se submete ao tratamento, como por exemplo, a idade máxima das candidatas à gestação, o limite de gestações em uma área de um milhão de habitantes e a proibição de revelação da identidade civil do doador. Entretanto, uma vez que o Conselho Federal de Medicina é órgão administrativo, não lhe cabendo, portanto, a função legislativa, suas resoluções não podem vincular outros cidadãos, somente a classe médica<sup>9</sup>.

Exatamente por extrapolar os limites do poder regulamentar, afrontando o direito constitucional do livre planejamento familiar ao tratar de disposições que vinculam não só a classe médica mas também os demais cidadãos que não exercem a medicina, ao prever a idade máxima de 50 anos para que a mulher se submeta à técnica de inseminação artificial; a idade máxima para a doação de material genético; estabelecer o número máximo de ócitos e embriões a serem transferidos para a receptora de acordo com critérios etários e o descarte de embriões criopreservados há mais de cinco anos, pela vontade dos pacientes; o Ministério Público Federal de Goiás propôs Ação Civil Pública<sup>10</sup> em face do Conselho Federal de Medicina para que fosse declarada a inconstitucionalidade da já revogada Resolução CFM nº 2013/2013, além de proibir que o Conselho editasse qualquer norma que extrapolasse sua competência regulamentar. Ocorre que, por entender que a via da Ação Civil Pública era imprópria para a tratativa do tema, O Juiz da 7ª Vara Federal de Goiânia, Dr. Mark Yshida Brandão, extinguiu a ação sem

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. III Jornada de Direito Civil. Enunciados Aprovados. Brasília: 2004. Disponível em < http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA %20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20 A%20271.pdf/view>. Acesso em 10 jul. 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016. p. 225.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Processo: 013853-33.2013.4.01.3500. 7ª Vara Federal de Goiânia. Processo n. 0013853-33.2013.4.01.3500. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 05 jun. 2013. Disponível em <a href="http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=138533320134013500&secao=JFGO>Acesso em 17 jul. 2017.">http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=138533320134013500&secao=JFGO>Acesso em 17 jul. 2017.</a>

julgamento do mérito, estando o caso pendente de julgamento de recurso de apelação desde o mês de março de 2014 no Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Por não ter havido a declaração de inconstitucionalidade da resolução nº 2.013/2013, já revogada, sua substituta, Resolução nº 2.121/2015, em vigor, manteve na íntegra, todos os dispositivos questionados na referida ação.

Importante dizer que, na tentativa de regulamentar o tema, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de Lei. Entre eles, o PL nº 1.184/2003, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e traz a seguinte previsão sobre a identidade do doador:

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

- § 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigandose o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.
- § 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.
- § 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.<sup>11</sup>

Outros projetos de Lei como o PL nº 120/2003 e o 4.686/2004, também autorizam ao indivíduo gerado por meio da técnica de reprodução artificial heteróloga, conhecer a identidade civil do doador.

Dois Projetos de Lei mais atuais (PL nº 4892/2012 e o PL nº PL 115/2015), no entanto, visam, ao mesmo tempo, garantir o sigilo da identidade civil do doador e o conhecimento da origem biológica, mediante autorização judicial, para fins de preservação da vida e da saúde do nascido por método de inseminação artificial ou do doador.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> ALCANTARA, Lúcio. Projeto de Lei nº 1.184 de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em <a href="http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=8B0465393CE8DAA03A94DFCE92AC955E.proposicoesWebExterno1?codteor=137589&filename=PL+1184/2003> Acesso em 12 mai. 2017

Em 2016, buscando resolver a questão do registro civil dos nascidos pelas técnicas de reprodução heteróloga, já que em alguns casos a autorização judicial para o registro do filho nascido a partir de tal técnica era indispensável, o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento nº 52/2016, que trouxe em seu art. 2º, II, a seguinte redação:

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:
(...)

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome de seus beneficiários: 12

Em interessante parecer<sup>13</sup> sobre tal provimento, emitido a pedido do Instituto dos Advogados de São Paulo, a advogada Débora Gozzo dirige-lhe diversas críticas. Sobre a quebra do sigilo entre médico/doador afirma, em primeiro lugar, que a resolução obriga o médico a revelar a identidade do doador, o que é proibido pelo Conselho Federal de Medicina que prevê expressamente na Resolução nº 2.121/2015, a obrigatoriedade da manutenção do sigilo. Em segundo, afirma que embora seja de competência do CNJ editar normas referentes ao registro público, nesse caso, extrapolou sua competência ao tentar legislar sobre matéria que é de competência do Poder Legislativo da União. Por fim, aduz que a resolução em comento, não faz distinção entre doações passadas e futuras, de forma que abarca tanto as inseminações realizadas antes de sua entrada em vigor quanto depois, o que não pode ser admitido em matéria de direito civil, uma vez que, somente a lei penal pode retroagir no tempo em benefício do réu.

#### 4 DIREITO À INTIMIDADE

O direito a intimidade está previsto no artigo 5°, X, da Constituição Federal. Tal direito nasceu, primeiramente, para garantir o "direito de ser deixado só". Entretanto, com os atuais desenvolvimentos tecnológicos, seu conceito evolui muito.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Provimento nº 52/2016. Dispões sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em <a href="http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf">http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf</a> Acesso em 15 mai. 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-reproducao-assistida.pdf> Acesso em 10 jul. 2017.

Nas palavras de Stefano Rodotá<sup>14</sup>, a intimidade é a "possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas".

Segundo Caitlin Mulholland<sup>15</sup> o direito à intimidade não está ligado somente ao direito de ser deixado só, ao direito de ter controle sobre seus dados pessoais ou ao direito à liberdade de escolhas pessoais de caráter existencial, mas também ao direito que o indivíduo possui de não querer saber dados relacionado à sua condição existencial.

Nesse sentido, conforme aduz Carolina Lopes de Oliveira<sup>16</sup>, no caso da inseminação artificial heteróloga, a proteção da intimidade do doador de material genético está no fato de "saber se existem e/ou quem são os indivíduos gerados graças às suas doações" e, também, "o fato de o médico não poder revelar, sem o seu consentimento seus dados identificativos (nome, imagem, dados pessoais) aos indivíduos gerados, por ser direito do doador ter o controle sobre suas informações pessoais e estipular como deseja formar sua esfera particular".

Sobre o tema, dispõe o enunciado nº 405 do CJF<sup>17</sup> que "As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular".

#### 5 DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

#### 5.1 Origem genética e Paternidade

Historicamente, o conceito de origem genética é vinculado ao conceito de paternidade, uma vez que, durante muito tempo na história da humanidade, foi considerada como "real paternidade", aquela decorrente dos laços de sangue.

Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico rompeu com o modelo matrimonializado e hierarquizado de família, que fazia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

<sup>15</sup> MILHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. In: Civilística, Revista Eletrônica de Direito Civil, ano 1, nº 1, 2012, p.3. Disponível em < http://civilistica.com/wpontent/uploads/2015/02/Mulholland-civilistica.com-a.1.n.1.2012.pdf> Acesso em 20 abr. 2017. p. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> RODOTÁ. Stefano. A privacidade entre o indivíduo e a coletividade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016. p. 231.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. V Jornada de Direito Civil. Enunciados Aprovados. Brasília: 2011. Disponível em < http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>. Acesso em 10 jul. 2017.

Sob essa nova ordem, a família ganhou outros contornos, passando a ser centro de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, onde os laços afetivos passaram a ser mais valorizados do que os biológicos, ocorrendo assim, uma desbiologização da paternidade da qual já tratava João Baptista Vilella<sup>18</sup>.

Nesse sentido, é imperiosa a distinção entre origem genética e estado de filiação, uma vez que a primeira está diretamente ligada à história pessoal do indivíduo e, portanto, à sua identidade, sendo matéria de Direito da personalidade. Por outro lado, o segundo está ligado ao estabelecimento de vínculos afetivos e enseja a constituição da paternidade ou maternidade, tendo natureza de Direito de família.

#### 5.2 Identidade Pessoal e Identidade Genética

O direito à identidade, embora não expressamente previsto na Constituição ou no Código Civil, decorre da cláusula geral dos direitos da personalidade de que tratam tanto o artigo 12 do Código Civil quanto o inciso III do artigo 1º da Constituição.

A doutrina clássica<sup>19</sup> tende a definir a identidade como o direito ao nome, limitandose a tratar de sua proteção jurídica. Entretanto, recentemente, a identidade vem construindo-se não só pela forma como a pessoa se apresenta e é reconhecida pela sociedade (nome, imagem, dados pessoais), ela também é construída pelo patrimônio histórico-cultural de cada indivíduo<sup>20</sup>.

Nesse sentido:

A identidade pessoal comporta também uma identidade histórica, em termos de cada pessoa ter a sua identidade também determinada em relação à sua família, aos seus antepassados, podendo-se falar aqui de um direito à historicidade pessoal, ou, noutro sentido, de um direito às raízes pessoais<sup>21</sup>.

Essa historicidade está diretamente ligada ao direito da pessoa de construir uma identidade genética através do conhecimento de suas origens.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup>VILELLA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Disponível em <a href="https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089">https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089</a> Acesso em 11/05/2017.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. [E-Book]

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> CAMPOS, Ligia Fabri. O direito de ser si mesmo: A tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. 2006. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 118.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BARBAS apud MORAES, Daise Maria Sousa de. O Direito ao Conhecimento da Verdade Biológica: o caso das técnicas de reprodução assistida heteróloga como requisito para efetivação dos direitos da personalidade. 2011. 163f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2011. p. 77.

#### Nas palavras de Maria de Fátima de Sá e Ana Carolina Teixeira:

Saber de onde vem, conhecer a progenitura proporciona ao sujeito a compreensão de muitos aspectos da própria vida. Descobrir as raízes, entender seus traços (aptidões, doenças, raças, etnia) socioculturais, saber quem nos deu nossa bagagem genético-cultural básica são questões essenciais para o ser humano na construção da sua personalidade e para seu processo de dignificação<sup>22</sup>.

Dessa forma, a possibilidade de acesso aos dados genéticos permite ao indivíduo "conhecer parte de sua origem, a outra metade que influencia tanto em como ele se constitui fenotipicamente, como também naquilo que ele herda de temperamento e características comportamentais geneticamente influenciadas"<sup>23</sup>.

Importante ressalvar, entretanto, que embora o conhecimento da origem genética permita ao indivíduo uma melhor autocompreensão, não significa que aquele que não a conheça não conseguirá desenvolver de forma satisfatória sua identidade.

Dessa forma, embora cada indivíduo possua uma constituição genética única, sua identidade não pode limitar-se às características biológicas. Entretanto, a construção da identidade do sujeito está intimamente ligada ao conhecimento de sua história através do desvendar de sua origem genética, uma vez que "parte daquilo que se é, sempre guarda relação, ainda que de forma intermediária, com "os outros" que participam da sua história"<sup>24</sup>.

#### 6 DIREITO À INTIMIDADE VERSUS DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

A possibilidade de reprodução artificial heteróloga como forma de concretização do projeto parental, traz para o mundo jurídico o embate entre a intimidade e o conhecimento da origem genética. A principal questão envolve a possibilidade de o indivíduo gerado por reprodução assistida ter acesso aos dados genéticos do doador do material biológico que deu origem à sua vida e, também, à sua identidade civil em detrimento da proteção da intimidade do doador.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Filiação e Biotecnologia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 64.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016. p. 233.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016. p. 237.

Para uma melhor compreensão do tema, necessário se faz a análise dos argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento da origem genética e da identidade civil do doador.

# 6.1 Argumentos favoráveis ao conhecimento da origem genética e da identidade civil do doador

#### 6.1.1 Direito a Vida e à Saúde *Versus* Direito à intimidade

Conforme sabido, em certos casos, o conhecimento da origem biológica é indispensável para a manutenção do direito à vida e à saúde, uma vez que certas doenças só podem ser curadas através da doação de material genético compatível, como é o caso da leucemia, por exemplo.

Nesse caso, embora a resolução nº 2.121/2015, preveja no item IV, 4, que "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)"<sup>25</sup>, o acesso a tais dados, por si só, não seria capaz de satisfazer a necessidade do filho biológico gerado, uma vez que somente a revelação da identidade civil do doador poderia ser eficaz.

Isso porque, com a identificação do doador, seria possível verificar sua compatibilidade ou a compatibilidade de qualquer outro membro da família biológica para fins de doação do material necessário para salvar a vida e restaurar a saúde do "filho" biológico.

#### 6.1.2 Prevenção do Incesto

Outro argumento favorável que ganha grande importância no debate jurídico sobre o tema é a possibilidade de existirem relações incestuosas entre ascendentes e descendentes e entre irmãos quando não for possível identificar a origem biológica e a identidade civil do doador.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

\_

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). Resolução nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <a href="http://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2015/2121\_2015.pdf">http://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2015/2121\_2015.pdf</a>> Acesso em 12 mai. 2017.

A lei básica e estruturadora das relações sociais, ou a primeira lei de qualquer organização social, é uma Lei de Direito de Família: a interdição do incesto. Sem este "interdito proibitório" não seria possível qualquer organização social, pois é somente a partir desta interdição (proibição) que alguém pode tornar-se sujeito. É com esta interdição-primeira que se faz possível a passagem do estado de natureza para a cultura<sup>26</sup>.

Além disso, há uma proibição legal (artigo 1.521 Código Civil) do casamento entre ascendestes e descendentes (art. 1.521, I), irmãos e demais colaterais até o terceiro grau (art. 1.521, IV). Tais proibições se devem, em primeiro lugar, porque conforme demonstrado, são incestuosas e configuram o primeiro interdito sofrido pelo homem. Em segundo, para evitar um problema de saúde pública, tendo em vista que é cientificamente comprovada a probabilidade de nascimento de seres com enfermidades biológicas advindos de relações incestuosas.

No que tange aos irmãos, o simples conhecimento da origem genética bastaria para identificar a relação de parentesco, entretanto, no que tange à possibilidade de relacionamentos entre ascendentes e descendentes, somente a identidade civil do doador seria passível de resolver a questão.

Embora na elaboração da resolução que regulamenta a matéria, o Conselho Federal de Medicina, tenha trazido a previsão de que "na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes"<sup>27</sup> (item IV, 6), em um mundo cada vez mais sem fronteiras, é evidente a possibilidade de ocorrência de relações incestuosas face ao desconhecimento da origem genética e da identidade civil do doador.

#### 6.1.3 A Possibilidade de Estabelecimento de Vínculo Afetivo entre Doador e o Filho Biológico

Conforme demonstrado em tópico próprio, com os novos contornos que foram dados ao Direito de família, houve uma desbiologização da paternidade<sup>28</sup>, rompendo-se com o antigo

244

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito e Sexualidade. Disponível em <a href="http://www.rodrigodacunha.adv.br/direito-e-sexualidade/">http://www.rodrigodacunha.adv.br/direito-e-sexualidade/</a>> Acesso em 11/05/2017.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). Resolução nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <a href="http://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2015/2121\_2015.pdf">http://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2015/2121\_2015.pdf</a>> Acesso em 12 mai. 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup>VILELLA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Disponível em <a href="https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089">https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089</a> Acesso em 11/05/2017.

conceito de que a verdadeira paternidade é a biológica para reconhecer que a real paternidade é aquela formada por laços afetivos.

Nesse sentido, defendendo o argumento de que o direito de conhecer a origem genética deve sobrepor-se ao direito de intimidade do doador, Carolina Lopes de Oliveira assevera que "em determinadas situações, os próprios doadores podem querer conhecer e conviver com os seus "filhos biológicos" gerados pelo método [da inseminação artificial], para que sejam criados laços afetivos, além dos vínculos genéticos"<sup>29</sup>.

Fundamentando a sua tese, a autora cita o caso do ator americano Jason Patric, que embora tenha doado o seu material genético para que uma ex-namorada realizasse o procedimento da inseminação artificial sob a condição de que jamais lhe fosse cobrado nenhum apoio financeiro ou psicológico, após o nascimento da criança, travou uma batalha judicial para que seus direitos de paternidade fossem reconhecidos, o que foi concedido pela Corte Americana.

#### 6.1.4 Igualdade entre os filhos

Outro argumento favorável à sobreposição do direito de conhecer a origem genética e a identidade do pai biológico face à intimidade do doador está pautado no princípio de igualdade entre os filhos constitucionalmente prevista (art. 227, §6°).

Isso porque o filho adotado, que também possui descendência biológica diversa da família onde está inserido, nos termos do artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode investigar sua origem biológica através do pedido judicial de certidão de inteiro teor, uma vez que é obrigatória a manutenção, pelo Cartório de Registro Civil, de todos os dados do adotando anteriores à adoção<sup>30</sup>.

Dessa forma, ao conceder aos filhos adotados, e também àqueles decorrentes de relações extramatrimoniais o direito de conhecerem sua origem genética, negando entretanto, tal direito aos filhos advindos de inseminação artificial heteróloga, estar-se-ia dividindo-os em duas classes: aqueles que possuem e aqueles que não possuem o direito de saber a origem biológica, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016. p. 239-240.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> RÜGER, André. Conflitos Familiares em Genética Humana: O profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. 2007. 220f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. p. 122-123.

#### 6.2 Argumentos Contrários ao reconhecimento da origem genética

#### 6.2.1 Autonomia e Desenvolvimento da Família Socioafetiva

Em defesa da manutenção da preservação da identidade civil do doador, alguns autores<sup>31</sup> afirmam que somente através do anonimato é possível garantir a autonomia e o desenvolvimento normal da família constituída através da inseminação heteróloga, uma vez que a busca por um pai ou mãe biológicos poderá causar sérios transtornos de ordem afetiva e psicológica na estrutura da família.

#### 6.2.2 Supervalorização de laços biológicos em detrimento do afetivo

Não há dúvidas de que, na atualidade, os laços afetivos devem prevalecer sobre os biológicos. Nesse aspecto, embora seja possível o conhecimento dos dados biológicos de uma pessoa com os novos avanços da ciência, a possibilidade de acesso a tais dados não podem ser supervalorizados em detrimento dos laços afetivos.

Ao fazer uma inseminação artificial, o indivíduo ou o casal busca a realização de um projeto parental, assumindo, desde o primeiro momento, a maternidade/paternidade do ser gerado.

Por esse motivo, a possibilidade de o indivíduo gerado poder saber a identidade civil do doador ensejaria, uma supervalorização de uma "paternidade" biológica sobre a afetiva, podendo trazer diversos problemas de ordem psicológica para a família.

Nesse sentido André Rüger destaca que:

O direito contemporâneo, se tem alguma pretensão de justiça e respeito à dignidade do homem, não pode contentar-se com valorizações apriorísticas como "interesse maior do filho", que remetem a soluções simplistas e prontas de conflitos com sério prejuízo da dimensão argumentativa do direito. Essa é a diferença entre tutelar uma ideia de dignidade humana e tutelá-la em sua concretude<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> RÜGER, André. Conflitos Familiares em Genética Humana: O profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. 2007. 220f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. p. 22

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 339.

#### 6.2.3 O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade

Conforme visto, com as evoluções médicas e tecnológicas, a definição de privacidade foi ampliada, deixando de lado o conceito inicial do "ser deixado só" e passando a englobar o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, e o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, podendo indivíduo querer saber ou não saber dados referentes à sua condição existencial<sup>33</sup>.

Nesse sentido, quando o doador resolve, de forma altruístas (já que a resolução do CFM proíbe o pagamento pela doação), doar material genético para fins de reprodução humana, não está se sujeitando à possibilidade de descobrir-se "pai" biológico de diversas pessoas, ao contrário, está contribuindo para que outras pessoas possam realizar seu projeto familiar.

Nesse sentido, Carolina Lopes de Oliveira<sup>34</sup> afirma que:

[...] o "direito de não saber" do doador (ou doadora) estaria no não querer saber se existem e/ou quem são os indivíduos gerados graças às suas doações, uma vez que essas informações poderiam dar origem a uma imagem de pai/mãe que ele ou ela não almejou para si.

### 7 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CASOS ONDE HÁ CONFLITO ENTRE O DIREITO À INTIMIDADE E O DIREITO À ORIGEM GENÉTICA

Em algumas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal pôde posicionar-se quanto ao conflito existente entre intimidade e origem genética, portanto ora pela supremacia da origem genética, ora pela supremacia da intimidade.

#### 7.2 O Caso da condução do réu "debaixo de vara"

Em ação de investigação de paternidade, face à recusa do réu em se submeter ao exame de DNA, a Juíza de primeira instancia determinou a realização do exame e o comparecimento

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Carolina Lopes de. Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão: o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016. p.230.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> MILHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. In: Civilística, Revista Eletrônica de Direito Civil, ano 1, nº 1, 2012, p.3. Disponível em <a href="http://civilistica.com/wp-ontent/uploads/2015/02/Mulholland-civilistica.com-a.1.n.1.2012.pdf">http://civilistica.com/wp-ontent/uploads/2015/02/Mulholland-civilistica.com-a.1.n.1.2012.pdf</a> Acesso em 20 abr. 2017. p. 3.

do réu assim que intimado "sob pena de condução sob vara", tendo a referida decisão sido mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Chegada, a matéria ao Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup>, o relator, Ministro Francisco Rezek, ao tratar sobre a alegada ofensa ao direito de intimidade do impetrante assim se manifestou:

[...]a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro, e mais, a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de coloca-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o parquet federal, no desfecho de sua manifestação, "não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de Tê-la fecundado no ventre materno".

O voto vencedor, entretanto, foi o do Ministro Marco Aurélio, que cassou a decisão do Tribunal estadual. Nos termos do voto do Ministro:

[...] a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a "Carta Cidadã" – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5°). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdruxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame.

#### 7.2 O Caso Glória Trevi

Um caso que ganhou destaque na mídia nacional foi o da cantora mexicana Glória Trevi. Enquanto aguardava presa na carceragem da Polícia Federal em Brasília, o julgamento do processo de Extradição de nº 783 pelo Supremo Tribunal Federal pela prática de crime de corrupção de menores, a cantora engravidou mesmo sem direito a visitas íntimas, o que gerou desconfiança geral sobre a possibilidade dela ter sido agredida sexualmente pelos policiais ou

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF - HC: 71373 RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, DJ 22 nov. 1996)

por outros presos. Levada a questão ao Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup> através da Reclamação nº 2.040-1/DF, Gloria Trevi solicitou que não fosse realizado exame de DNA, ao argumento de que tal procedimento atingiria diretamente sua intimidade. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal autorizou a realização do exame através da placenta recolhida quando do nascimento da criança. Um dos fundamentos utilizados pelos Ministros do STF para autorizar a realização do referido exame foi resguardar o direito fundamental do filho de conhecer sua identidade genética.

#### **CONCLUSÃO**

É certo que o conflito gerado entre o direito do indivíduo de conhecer sua origem genética e até mesmo a identidade civil do doador e o direito do doador de ter sua intimidade preservada é uma questão tormentosa.

A solução que nos parece mais viável, a princípio, é permitir ao indivíduo gerado o acesso aos seus dados genéticos para preservar sua saúde e possibilitar o livre desenvolvimento de sua personalidade através do conhecimento de sua origem, entretanto, sem que haja a possibilidade de que esse indivíduo possa ter acesso à identidade civil do doador de material genético, que deverá ter sua intimidade preservada.

Tal solução nos parece a mais razoável dentro desse contexto ao passo que nem o direito a intimidade, nem o direito de acesso aos dados genéticos são absolutos, sendo que "a

\_

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradição n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averigüação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5°, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10<sup>a</sup> Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27 Jun. 2003).

mesma dignidade que sustenta o direito ao conhecimento da origem biológica é a que protege a intimidade da pessoa"<sup>37</sup>.

Entretanto, a solução apontada não resolve os diversos outros problemas que apresentamos como, por exemplo, o impedimento ao incesto. Nesses casos, o ideal seria que cada caso fosse analisado pelo judiciário, que deverá, utilizar-se da técnica de ponderação prevista no parágrafo §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil para decidir sobre o caso concreto.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> RÜGER, André. Conflitos Familiares em Genética Humana: O profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. 2007. 220f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. p. 122.

#### REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Lúcio. **Projeto de Lei nº 1.184 de 2003**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em

:http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=8B0465393CE8 DAA03A94DFCE92AC955E.proposicoesWebExterno1?codteor=137589&filename=PL+118 4/2003> Acesso em 12 mai. 2017.

ARAÚJO, José Carlos. **Projeto de Lei nº 4.686 de 2004**. Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona. Disponível em <a href="http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=259391&filename=PL+4686/2004">http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=259391&filename=PL+4686/2004</a>> Acesso em 12 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 2.121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível

em:<a href="mailto://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2015/2121\_2015.pdf">mailto://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2015/2121\_2015.pdf</a> Acesso em 12 mailto:

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Provimento nº 52/2016**. Dispões sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em

<a href="http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1">http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1</a>.pdf> Acesso em 15 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <a href="http://www.planalto.gov.br">http://www.planalto.gov.br</a>> Acesso em 10 de mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <a href="http://www.planalto.gov.br">http://www.planalto.gov.br</a>> Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 71.373-4/RS. Relator: Francisco Rezek. **Diário da Justiça**, Brasília, 27 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.040-1/DF. Relator: Néri da Silveira. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 nov.1996.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Processo: 013853-33.2013.4.01.3500**. 7ª Vara Federal de Goiânia. Processo n. 0013853-33.2013.4.01.3500. Ação Civil Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Goiânia, 05 jun. 2013. Disponível em

<a href="http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=138533320134013500&secao=JFGO> Acesso em 17 jul. 2017.">http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=138533320134013500&secao=JFGO> Acesso em 17 jul. 2017.</a>

CAMPOS, Ligia Fabri. **O direito de ser si mesmo:** A tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. 2006. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 118.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **III Jornada de Direito Civil**. Enunciados Aprovados. Brasília: 2004. Disponível em <a href="http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view">http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view</a>. Acesso em 10 jul. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. **V Jornada de Direito Civil**. Enunciados Aprovados. Brasília: 2011. Disponível em <a href="http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil">http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil</a>>. Acesso em 10 jul. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MILHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade.** In: Civilística, Revista Eletrônica de Direito Civil, ano 1, n° 1, 2012, p.3. Disponível em < http://civilistica.com/wp-ontent/uploads/2015/02/Mulholland-civilistica.com-a.1.n.1.2012.pdf> Acesso em 20 abr. 2017.

MORAES, Daise Maria Sousa de. **O Direito ao Conhecimento da Verdade Biológica: o caso das técnicas de reprodução assistida heteróloga como requisito para efetivação dos direitos da personalidade**. 2011. 163f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2011.

MOURA, Marisa Decat de. SOUZA, Maria do Carmo Borges de. SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida:** Um pouco de história. Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar, Rio de Janeiro, v.12 n.2, p. 23-42, Dez. 2009. Disponível em <a href="http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso">http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso</a>. Acesso em 20 ago. 2017.

OLIVEIRA, Carolina Lopes de. **Saber ou Não Saber, Eis a Nova Questão:** o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador nas inseminações artificiais heterólogas. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n 68, p. 221-247, jan/jun 2016.

PAIVA, Eleuses. **Projeto de Lei nº 4.892 de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=1051906&filename =PL+4892/2012> Acesso em 15 mai. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito e Sexualidade. Disponível em <a href="http://www.rodrigodacunha.adv.br/direito-e-sexualidade/">http://www.rodrigodacunha.adv.br/direito-e-sexualidade/</a> Acesso em 11/05/2017.

PESSOA, Roberto. **Projeto de Lei nº 120 de 2003**. Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. Disponível em <a href="http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=114176&filename=PL+120/2003">http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=114176&filename=PL+120/2003</a>> Acesso em 12 mai. 2017.

REZENDE FILHO, Juscelino. **Projeto de Lei nº 115/2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=1296985&filename =PL+115/2015> Acesso em 15 mai. 2017.

RODOTÁ. Stefano. **A privacidade entre o indivíduo e a coletividade**. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RÜGER, André. **Conflitos Familiares em Genética Humana:** O profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. 2007. 220f. Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SOUZA, Marise cunha de. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A definição da Maternidade e da Paternidade**. Bioética. In: Revista da EMERJ, Rio de Janeiro: v. 13, nº 50, 2010, p. 348-367.

VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Disponível em <a href="https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089">https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089</a> Acesso em 11/05/2017.