

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

FABRÍCIO VEIGA COSTA

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. 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito Civil Contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho; Edith Maria Barbosa Ramos; Fabrício Veiga Costa. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-766-3

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo II, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, realizado em Buenos Aires - Argentina, entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023, em parceria com a Faculdade de Direito de Buenos Aires – Departamento de Derecho Económico y Empresarial – Cátedra Mizraji de Derecho Comercial; Universidade Federal de Goiás - Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas e a Faculdade de Direito.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira e latino-americana, em torno da temática central do evento – Derecho, democracia, desarrollo y integración. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioestatais e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil e do exterior, tendo sido apresentados, no GT – Direito Civil Contemporâneo II, 10 (dez) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em quatro eixos temáticos: Casamento, união estável e afeto; Responsabilidade civil e direito do consumidor; Responsabilidade civil e inteligência artificial; e Direito civil, direito à saúde e dignidade humana.

No ao eixo Casamento, União Estável e Afeto, 3 (três) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas aos direitos patrimoniais e o valor jurídico do afeto, no reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem (de Elizabete Cristiane De Oliveira Futami De Novaes, Jorge Teles Nassif , Miguel Teles Nassif); as possíveis equiparações entre casamento e união estável: impacto dos temas de repercussão geral 498 e 809 na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (de Felipe Gontijo Soares Lopes e Tereza

Cristina Monteiro Mafra) e a judicialização do afeto: o abandono afetivo e a responsabilidade civil pelo desamor nas relações entre pais e filhos (de Guilherme Santoro Gerstenberger, Pietra Rangel Bouças do Vale e Fátima Cristina Santoro Gerstenberger).

Com relação ao eixo temático responsabilidade civil e direito do consumidor foram apresentadas as pesquisas de Iara Pereira Ribeiro e Vinicius Chiconi Liberato sobre a lei do distrato: processo legislativo que mitiga direitos do consumidor e o texto de Guilherme Henrique Lima Reinig, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva e André Lipp Pinto Basto Lupi que abordou o programa minha casa minha vida, vícios construtivos e o problema dos prazos prescricionais e decadenciais na jurisprudência do superior tribunal de justiça: apontamentos da perspectiva do acesso à justiça. E o artigo responsabilidade civil extracontratual, análise econômica direito e justiça corretiva: uma abordagem inicial de autoria de Edith Maria Barbosa Ramos, Thiago Brhanner Garcês Costa e Torquata Gomes Silva Neta.

No eixo temático responsabilidade civil e inteligência artificial foram analisados os padrões regulatórios para o uso da inteligência artificial: o caso Elis Regina, de Emanuelli Kottvitz, Valdir Alberto Krieger Junior e Amanda Antonelo, bem como a pesquisa responsabilidade civil do tratamento de dados da era digital de Philippe Antônio Azedo Monteiro, Ana Lúcia Maso Borba Navolar e Cassia Pimenta Meneguice.

No quarto eixo Direito Civil, direito à saúde e dignidade humana foram apresentadas duas pesquisas, quais sejam, a responsabilidade civil dos profissionais de saúde do Brasil: uma perspectiva jurídica contemporânea de autoria de Edith Maria Barbosa Ramos, David Elias Cardoso Câmara e Gilmar de Jesus Azevedo Martins, assim como o artigo "A cláusula de anonimato nos contratos de doação de material genético viola o princípio da dignidade humana?", de Iriana Maira Munhoz Salzedas e Taís Nader Marta

O próprio volume de trabalhos apresentados demonstra a importância do Direito Civil e a relevância dos temas da responsabilidade civil, do direito de família, do direito do consumidor, do direito de sucessão e do direito contratual. As temáticas apresentadas são fundamentais para consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre direito privado, dignidade humana e as aceleradas modificações da sociedade contemporânea.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa

A CLÁUSULA DE ANONIMATO NOS CONTRATOS DE DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO VIOLA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA?

DOES THE ANONYMITY CLAUSE IN GENETIC MATERIAL DONATION CONTRACTS VIOLATE THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY?

Iriana Maira Munhoz Salzedas ¹

Taís Nader Marta ²

Resumo

A dignidade da pessoa humana, princípio expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988, tem sido objeto de discussões jurídicas sobre limites, alcance prescritivo e aplicação tanto no âmbito do Direito Público (na proteção do cidadão em face dos atos estatais), como no Direito Privado em especial no Direito Contratual, onde a autonomia da vontade representa um dos seus desdobramentos. Nesta linha, serão investigados, especificamente, no âmbito do direito contratual, os contratos de doação de material genético utilizado pelas clínicas de reprodução assistida, que asseguram aos doadores o anonimato. É um tema complexo e tormentoso, pois analisa o direito à identidade genética como dimensão da dignidade daqueles concebidos através do uso da técnica de reprodução assistida. Neste cenário, dispomos de entendimentos defensáveis ao anonimato, bem como os que sustentam que o anonimato não viola a dignidade daquele que está por nascer, uma vez que o material doado irá sofrer mutações quando implantado na receptora.

Palavras-chave: Identidade genética, Contrato de doação, Dignidade da pessoa humana, Inconstitucionalidade, Reprodução assistida

Abstract/Resumen/Résumé

The dignity of the human person, a principle explicitly enshrined in the 1988 Federal Constitution, has been the subject of legal discussions concerning limits, prescriptive scope, and application in both the realm of Public Law (in safeguarding citizens against state actions) and in Private Law, particularly in Contract Law, where autonomy of will represents one of its implications. Along this line, within the scope of contract law, the contracts involving the donation of genetic material used by assisted reproductive clinics, which guarantee anonymity to donors, will be specifically investigated. This is a complex and contentious issue, as it examines the right to genetic identity as a dimension of the dignity of those conceived through the use of assisted reproduction techniques. In this scenario, there are defensible arguments for anonymity as well as those that maintain that anonymity does

¹ Doutoranda da Universidade Nove de Julho. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Procuradora Municipal e Professora Universitária.

² Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Advogada. Professora em cursos de graduação e pós-graduação.

not violate the dignity of the unborn, given that the donated material will undergo mutations when implanted in the recipient.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Genetic identity, Donation contract, Human dignity, Unconstitutionality, Assisted reproduction

INTRODUÇÃO

São inegáveis os atuais avanços científicos. A busca pela superação de inúmeras doenças tem representado importante passo na evolução da sociedade e na perpetuação da espécie humana. O tratamento de doenças até então incuráveis e a implementação de métodos preventivos estão prolongando a vida humana.

Destarte, as descobertas da medicina não se limitaram a minimização da dor ou prolongamento da vida humana. A ciência médica ultrapassou limites jurídicos, religiosos e morais em busca de soluções para a infertilidade.

Ocorre que todo avanço científico vem acompanhado de discussões éticas e jurídicas, as quais impõem a necessidade de adequar estes progressos ao sistema jurídico de cada país, sob pena de tornarem as proteções legais, letra morta.

Esse é o grande desafio do Direito Contratual Contemporâneo, acompanhar e normatizar as descobertas no campo científico, que à primeira vista se projetam em prol da humanidade (SCHREIBER, 2021, p. 19).

Atingir este objetivo vem sendo uma missão desafiadora, pois enquanto, a Medicina encontra apenas limites éticos nos seus experimentos e avança a passos largos, o Direito é engessado por processos legislativos lentos que nem sempre acompanham com a devida agilidade tais progressos.

Nesse contexto, avulta a importância dos princípios que norteiam não só os agentes públicos na elaboração de normas, mas os particulares quando da elaboração de regras contratuais.

A proposta do nosso estudo é analisar se os contratos realizados nas clínicas médicas, especializadas em infertilidade, os quais tem por objeto a doação de materiais genéticos, atendem os requisitos previstos no art. 104 do Código Civil, bem como se violam ou não o princípio da dignidade humana daquele que está por nascer.

1.BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA CONTRATUAL

1.1 Conceito e Elementos Constitutivos dos Contratos

Para podermos refletir sobre a inconstitucionalidade da cláusula de anonimato nos contratos médicos de reprodução assistida, se faz necessário fazermos algumas considerações

sobre a teoria dos contratos, assim podemos melhor analisar, se este contrato atende os requisitos legais.

A teoria contratual desempenha um papel fundamental no direito civil e na compreensão das relações jurídicas baseadas em acordos e compromissos voluntários entre as partes. Trata-se de um campo que tem evoluído ao longo dos séculos, moldando as bases para o comércio, a troca de bens e serviços, e as interações sociais em geral. Ao refletir sobre a teoria contratual, algumas considerações importantes emergem.

Em uma visão clássica ou moderna, o contrato é negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.

Atualmente, já temos alteração na construção deste conceito, o doutrinador Paulo Nalin, propõe um viés contemporâneo ou pós-moderno de contrato, o qual constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros” (NALIN, 2005, p. 255).

Nesta esteira, o professor Tartuce, concorda com o conceito contemporâneo de Nalin, e elenca seus motivos: a) primeiro, porque o contrato está amparado em valores constitucionais; b) segundo, porque envolve também situações existenciais das partes contratantes, além do conteúdo patrimonial; c) terceiro, porque o contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da eficácia externa da função social dos contratos, como será estudado adiante (TARTUCE, 2021, p.22).

Os elementos constitutivos dos contratos neste estudo serão analisados através da clássica Teoria Ponteano, criada por Pontes de Miranda, o qual trabalha os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos.

O plano de Existência são os pressupostos mínimos para a existência dos negócios jurídicos, conforme aponta Tartuce, neste plano só há substantivos sem adjetivos: agente, vontade e forma. Para quem segue à risca está doutrina a falta de um desses pressupostos, o negócio jurídico é inexistente (TARTUCE, 2021, p.35).

No plano de validade, Tartuce, entende que o substantivo ganha adjetivos: agente capaz; vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei (art. 104 CC). O negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade, havendo vícios ou defeitos quanto a estes, é, por regra, nulo de pleno direito, ou seja, haverá nulidade absoluta (TARTUCE, 2021, p. 35).

Por fim, no plano da eficácia estão os elementos relacionados com as consequências do negócio jurídico, ou seja, com a suspensão e a resolução de direitos e deveres relativos ao

contrato, caso da condição, do termo, do encargo, das regras relacionadas com o inadimplemento, dos juros, da multa ou cláusula penal, das perdas e danos, da resolução, da rescisão, do registro imobiliário e da tradição (em regra). De outra forma, nesse plano estão as questões relativas às consequências e aos efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros (TARTUCE, 2021, p. 35).

Embora a teoria contratual ofereça uma estrutura geral para entender as relações contratuais, é importante reconhecer que a aplicação dela pode ser complexa. A interpretação de termos, a avaliação de circunstâncias específicas e a adaptação às realidades sociais são aspectos-chave para o funcionamento eficaz do direito contratual.

Em última análise, a teoria contratual desempenha um papel crucial na organização das interações econômicas e sociais. Ela não apenas fornece regras e diretrizes para as partes envolvidas em contratos, mas também reflete valores sociais, éticos e legais que moldam a base das relações em uma sociedade.

Neste contexto, podemos afirmar que todos os requisitos legais indispensáveis para validade e eficácia do contrato de doação de material genético estão presentes, uma vez que as partes são agentes capazes (Doador x Pessoa Jurídica); vontade livre por parte do doador em realizar este ato altruístico; objeto lícito, possível e determinado (não há qualquer ilegalidade na doação, pois é autorizada no ordenamento jurídico brasileiro).

1.2. Princípios Norteadores dos Contratos

Passaremos ao estudo dos princípios contratuais, que se faz imprescindível para a análise dos contratos no âmbito do direito civil contemporâneo:

a) Princípio da autonomia privada: é verdadeiro instrumento da liberdade humana, tendo sua raiz na vontade. Para Carvalho de Mendonça o domínio da vontade dos contratantes foi uma conquista advinda de um lento processo histórico, culminando com o “respeito à palavra dada”, principal herança dos contratos romanos e expressão propulsora da ideia central de contrato como fonte obrigacional” (MENDONÇA, 1957, p. 7).

b) Princípio da função social dos contratos: a função social do contrato faz com que este seja interpretado e visualizado de acordo com o contexto da sociedade, para que não fique isolado do mundo externo, mas sem que seja possível ser afetado por ocorrências externas (CASSETTARI, 2021, p. 260).

c) Princípio da força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda): o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é

lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória” (GOMES, 1996, p. 36).

d) Princípio da boa-fé objetiva: nos ensina Álvaro Villaça Azevedo que o princípio da boa-fé “assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito” (AZEVEDO, 2002, p. 26).

e) Princípio da relatividade dos efeitos contratuais: o negócio celebrado, em regra, somente atinge as partes contratantes, não prejudicando ou beneficiando terceiros estranhos a ele. Contrapõe-se tal princípio, inerente ao direito obrigacional, à eficácia erga omnes dos direitos reais, regidos pelo princípio da publicidade.

f) Princípio da Fraternidade: Nos dizeres Carlos Ayres Britto (BRITTO, p.98), a Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização nas práxis jurídicas (FONSECA, p. 96).

A inserção do princípio da fraternidade no rol dos princípios norteadores dos contratos, se faz em razão da sua função conciliatória entre a liberdade e a igualdade dos contratantes no contrato de doação de material genético, que envolve não só as partes presentes, mas também o indivíduo que está por nascer.

O princípio da fraternidade, embora não seja tão frequentemente mencionado quanto outros princípios, tem ganhado destaque como um valor fundamental que pode guiar a interpretação e a aplicação dos contratos. Ele se baseia na ideia de solidariedade, cooperação e respeito mútuo entre as partes contratantes, promovendo uma abordagem mais humanizada e ética nas relações contratuais. Incluir o princípio da fraternidade no rol dos princípios norteadores dos contratos pode enriquecer a maneira como as partes interagem e cumprem seus compromissos pois o princípio da fraternidade reconhece que as partes em um contrato não são meramente adversárias em busca de seus próprios interesses individuais. Em vez disso, elas podem trabalhar juntas de maneira solidária e cooperativa para alcançar objetivos comuns.

A fraternidade exige, ainda, que as partes se tratem mutuamente com respeito e consideração. Isso envolve reconhecer a dignidade e os direitos de cada parte envolvida, garantindo uma abordagem justa e equitativa na negociação e execução do contrato.

Ademais, a inclusão da fraternidade no contexto dos contratos pode levar a uma perspectiva mais ampla, considerando não apenas os interesses individuais, mas também o bem-estar público e social e contribuir para a prevenção de abusos contratuais e para a mitigação de desigualdades entre as partes. Uma abordagem baseada na solidariedade pode ajudar a evitar práticas unilaterais que prejudicam uma das partes, promovendo negociações mais justas e transparentes.

Incluir a fraternidade nos contratos pode incentivá-los a refletir obrigações sociais mais amplas e inspirar a resolução de conflitos de maneira mais construtiva. Em vez de litigar de forma adversarial, as partes podem buscar soluções que considerem o bem-estar mútuo e busquem manter uma relação positiva no futuro.

Embora o princípio da fraternidade possa não ser um componente tradicionalmente explícito na formulação de contratos, sua incorporação pode contribuir para uma abordagem mais humana e ética nas relações contratuais. Ao considerar a solidariedade, a cooperação e o respeito mútuo, os contratos podem se tornar instrumentos não apenas de interesses individuais, mas também de promoção do bem comum e do fortalecimento das relações entre as partes envolvidas.

Nesse diapasão, os princípios se apresentam como vetores na criação das normas contratuais, verificamos que muitos vão se amoldando as novas relações jurídicas, decorrentes da evolução social, pois os princípios possuem flexibilidade, o que garante uma maior adequação a futuros casos concretos, que até então eram inimagináveis.

2. A CLÁUSULA DE ANONIMATO NOS CONTRATOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA VIOLA O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA?

2.1 Posicionamento contrário à cláusula de anonimato

A partir das considerações apresentadas sobre a teoria geral dos contratos, podemos afirmar que o contrato de doação de material genético atende a escada ponteaniana, pois o negócio é formado por agentes capazes, objeto lícito (haja vista que a doação de material genético não é proibida por lei, sendo vedado a sua comercialização).

No que tange aos princípios contratuais, à primeira vista estes contratos médicos não violam os princípios norteadores dos contratos, pois atendem a autonomia privada das partes (Princípio da autonomia privada); Princípio da função social dos contratos; Princípio da força

obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); Princípio da boa-fé objetiva; e o Princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Todo contrato requer os requisitos do art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei. Portanto, no campo das relações jurídicas privadas, o que não é proibido por lei, é permitido. Logo, não há qualquer impedimento na doação desses materiais, que inclusive configura um ato altruísta por parte do doador, haja vista, que as clínicas no Brasil dispõem de bancos próprios restritos aos seus pacientes e a doação é voluntária, ou seja, não é paga como acontece em outros países (SANTOS, 2022).

A violação gerada por estes contratos não encontra fundamento na falta de um dos requisitos acima descritos, mas sim na cláusula contratual, que assegura o anonimato do doador.

Sobre o assunto, o Brasil possui apenas a Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina do Brasil, a qual foi atualizada pela Resolução nº 2.121/15, que continuou assegurando o anonimato do doador, permitindo apenas o médico entrar em contato com o doador em casos de enfermidades graves (SANTOS, 2022).

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

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

Nesse sentido, se a autarquia possui uma Resolução que prevê o anonimato do doador de sêmen, tal orientação somente tem eficácia entre os membros desta instituição, isto é, entre os médicos, não podendo ter eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, pois fere a dignidade humana do indivíduo nascido através da técnica reprodutiva heteróloga.

O que se vislumbra é a inconstitucionalidade do anonimato do doador, pois fere a dignidade humana do ser que está por nascer, logo há uma violação do princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal.

O conflito que ocasiona está cláusula, é o impedimento da criança que está por nascer ter acesso a sua identidade genética. Neste momento a biotecnologia x bioética x biodireito não interagiram para impedirem o cerceamento do direito à identidade genética de um indivíduo que não participou da avença contratual.

Portanto, como já salientado por Nalin, os efeitos contratuais podem refletir em face de terceiros que não participaram da avença, sendo este um dos desafios do direito contemporâneo.

Dessa forma, o anonimato do doador nos contratos de doações de materiais genéticos, elaborados pelas clínicas de infertilidade se configura inconstitucional, não tendo amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Em análise prévia, no site de busca jurisprudencial do STJ, encontramos entendimento favorável a garantia da ascendência genética, inviabilizando que contratos privados infrinja este direito fundamental.

A Quarta Turma do Tribunal, por unanimidade, sendo relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial n.º 140.665-MG (DJ de 03.11.98), decidiu que “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”, em caso envolvendo reconhecimento judicial de paternidade.

Neste sentido, o STF no Recurso Extraordinário nº 363.889, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, reconheceu e declarou o direito ao conhecimento da origem genética, como corolário da dignidade da pessoa humana:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

Neste julgado o Rel. Ministro Dias Toffoli, afirma ser intolerável a possibilidade de que o ato voluntário ou não de gerar um novo ser humano possa vir despido de consequências outras para quem assim o procede, tendo por destinatário exatamente o novo ser assim gerado.

2.2 Posicionamento favorável à clausula de anonimato.

O anonimato do doador garantido nos contratos de doação de material genético é garantido pelo nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe o art. 5º, inciso X da Constituição Federal:

[...] 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.

Dessa forma, a identidade civil é ocultada, excluindo qualquer tipo de vínculo parental ou responsabilidade sobre o indivíduo nascido pela técnica de reprodução assistida heteróloga, portanto ocorrendo à violação da identidade e intimidade do doador, pode este entrar com ação judicial pleiteando uma indenização por dano moral, decorrente da quebra de sigilo que lhe fora assegurado pelos dispositivos legais e constitucionais, quanto pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

O nascido pela reprodução assistida heteróloga não possui uma biografia com o doador, como ocorre na adoção em que crianças abandonadas possuem um histórico com seus pais biológicos, por essa razão o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura ao adotado o direito a obter acesso ao seu processo de adoção, após completar 18 anos de idade.

A doação de material genético é ato altruístico de mesmo teor podemos citar as doações de órgãos de pessoas falecidas autorizadas pelos familiares, devolvendo a esses enfermos que vivem na iminência da morte a esperança de renascerem.

Nesta esteira, a família do doador de órgão não terá jamais vínculo com o receptor do órgão, que passará a pertencer a outro corpo humano.

Na doação de material genético, o doador não gera vidas, ao contrário fornece a possibilidade para que pessoas com impedimentos de usarem seu material genético possam procriar.

Os defensáveis ao direito à identidade genética desconhecem a relação entre a ovodoação e a epigenética, a qual vem desmistificando o entendimento de que a cláusula de anonimato do doador viola a dignidade humana do indivíduo que nasce pela técnica reprodução assistida heteróloga.

Do ponto de vista científico, a epigenética tem mostrado como o meio ambiente impacta nos genes. Na gravidez, o meio ambiente é o corpo da mulher. De acordo com as pesquisas sobre ovodoação e epigenética, a pessoa que nasce do útero da receptora será totalmente diferente daquela que seria gerada na barriga da doadora¹.

A personalidade, aptidões, algumas características físicas e preferências da criança, por exemplo, vão ser definidas a partir do seu desenvolvimento no útero, como a mãe se

¹ Disponível em: <https://drasofiaandrade.com.br/ovodoacao-e-epigenetica-a-influencia-da-mae-nos-genes-dos-filhos/>, acesso em 17/04/23.

relaciona com ela e com o mundo em sua volta. Esse é o foco das pesquisas sobre ovodação e epigenética. Ou seja, tudo o que acontece na gravidez é determinante e, conseqüentemente, fortalece os laços identitários entre mãe e filho. Beneficiada pelos estudos da epigenética, a ovodação tem quebrado cada vez mais a resistência das pacientes ao tratamento².

Do ponto de vista jurídico, é considerada mãe da criança gerada através da doação de óvulos aquela que engravidou, logo a doadora não tem qualquer direito sobre o bebê, pois quem carrega a criança no próprio ventre é a mãe, a qual vai nutrir e permitir que o feto cresça. O sangue da mãe e do bebê estarão em contato, via placenta. Haverá troca de nutrientes, hormônios e, acima de tudo, emoções³.

Neste contexto não se deve pairar dúvida sobre as mutações genéticas que o óvulo doado irá sofrer ao ser desenvolvido no útero da receptora, logo o direito à identidade genética neste cenário sofrerá mudanças, portanto não há qualquer violação à dignidade humana daquele que está por nascer em não ter acesso a genética anterior as suas mutações, até porque se a criança tiver qualquer enfermidade ligada a carga genética da doadora, a clínica terá acesso a está para qualquer tipo de informação necessária para assegurar a vida deste indivíduo.

O Código Civil brasileiro em seu art. 1597, inciso V afasta qualquer ideia de que quem forneceu o material genético seja o pai, portanto, por analogia seja a mãe.

Outro forte argumento jurídico é que há muito tempo a paternidade socioafetiva é um grande marco no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando aos pais e filhos socioafetivos o vínculo afetivo, que sem sombra de dúvida se sobrepõe ao biológico.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2007, p. 31):

Hoje, temos por bem, dar valor ao sentimento, a afeição, ao amor da verdadeira paternidade, não sobrepujar a origem biológica do filho e desmistificar a supremacia da consanguinidade, visto que a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida e não há motivos para os operários do direito que se rotulam como biólogos e se oporem resistência à filiação sociológica. Essa é a realidade!

Diante do exposto, o progresso científico e as inesgotáveis fontes de pesquisas, vem apresentando uma transformação no direito à identidade genética, a qual não podemos ignorar, pois são descobertas que ensejarão novos paradigmas para o direito à identidade genética.

² Idem

³ Idem

Por fim, arriscamos dizer que num futuro não muito longínquo, os óvulos doados possam receber carga genética de seus futuros pais antes mesmo da implantação no útero da receptora, resultando provavelmente na extinção desta celeuma.

2.3. Breves Considerações sobre o tema no direito comparado

Para ampliarmos nossa reflexão sobre a regulamentação jurídica da cláusula proibitiva à identidade genética nos contratos realizados pelas clínicas de reprodução assistida, apresentaremos alguns posicionamentos nas legislações comparadas referente ao respeito do sigilo da identidade do doador envolvido⁴.

Pela legislação Alemã a doação de sêmen deve ser gratuita e sobre o sigilo da doação, a lei diz que é assegurado o direito de conhecer a identidade do doador a partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade.

A lei francesa diz que a doação deve ser gratuita e sigilosa e nos casos que necessitem de tratamento terapêutico o médico poderá ter acesso às informações que não identifiquem civilmente o doador.

Em outras leis como as dos Estados Unidos e Canadá, existe uma posição intermediária com uma política denominada via dupla, isto é, permitem ao nascido o acesso aos dados de identificação do doador apenas quando este optou por uma doação aberta, portanto nestes países os doadores podem escolher se querem ou não doar anonimamente (GENETOSTOUX, 2017).

Diante de uma pequena comparação, nota-se que a legislação alemã é mais permissiva, pois permite que a identidade seja conhecida no futuro.

Nossa vizinha Argentina, atualmente dispõe da Lei Nacional nº 26.862/2013, que trata sobre as Técnicas de Reprodução Assistida, mas não se refere ao direito à identidade genética.

Por outro lado, a Sociedade Argentina de Medicina Reprodutiva (SAMER) criou um Código de Ética em Reprodução Assistida, que apenas, sugere manter o anonimato entre o doador e a receptora de gametas, mas este Código, de forma admirável garantiu o direito a identidade genética das crianças concebidas mediante a Técnica de Reprodução Assistida Heteróloga.

Todavia, o Código Civil argentino, em seu art. 564, prevê dois casos em que os dados do doador poderão ser revelados:

- a) Quando for relevante para a saúde, os dados médicos do doador poderão ser obtidos no Centro de Saúde;
- b) Poderá ser revelada a identidade do doador, mediante razões devidamente fundamentadas, avaliadas pela autoridade judicial.

Como vimos o Código Civil e Comercial argentino, silencia o direito a identidade genética, em caso que não haja motivo relevante para quebrar o sigilo do anonimato.

Muitos são os posicionamentos, alguns mais permissivos outros restritivos, porém referente ao Brasil, apesar de não haver normas regulamentadoras, em face desta cláusula garantidora do anonimato, dispomos do art. 1º, inciso III da CF/88, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, portanto para os favoráveis à identidade genética, será nula a cláusula contratual que afrontar este princípio constitucional, logo este vetor constitucional teria eficácia plena, independentemente de qualquer previsão na legislação ordinária.

De outro lado, para os que se pautam na evolução científica, este contrato não viola qualquer princípio relacionado a dignidade humana daquele que está por nascer, uma vez que sua carga genética sofrerá modificações ao se desenvolver no útero da receptora, portanto não terá apenas a carga genética da doadora, mas também da receptora que o gerou.

CONCLUSÃO

O Direito deve caminhar em direção à paz social, pois é em razão dela que existe e tem forma. Nesse sentido, não pode o Estado se olvidar dos princípios, que devem preponderar em cada tipo de contrato a depender do caso concreto.

O contrato de reprodução assistida atende todos os requisitos indispensáveis para sua existência e validade, sendo que a discussão oriunda deste contrato é a presença da cláusula de anonimato do doador de material genético, a qual violaria o princípio da dignidade humana daquele que está por nascer e não participou da avença contratual.

Como vimos o Brasil não possui legislação específica a respeito do tema, apenas regramento previsto em Resoluções do Conselho Federal de Medicina, o que para alguns não teria a competência legislativa para normatizar o assunto e no decorrer deste estudo, dispomos de duas correntes diferentes a respeito do direito à identidade genética.

A primeira rechaça veementemente o anonimato do doador, pois esta cláusula é inconstitucional por violar a dignidade humana daquele que nasce através da reprodução assistida heteróloga; já a segunda afirma que não se pode pensar em acesso a genética separado da epigenética, a qual constata que o material genético da doadora sofrerá modificação quando

desenvolvido no útero da receptora, portanto esse direito não seria mais tão relevante após estes estudos.

Neste contexto, é incontroverso que os avanços científicos são indispensáveis para sociedade dispor de uma melhor qualidade de vida, todavia não podemos nos olvidar que o progresso científico em todas suas vertentes deve ter como paradigma a dignidade da pessoa humana, que é o maior princípio jurídico, evitando que o homem seja reduzido a coisa.

Dessa forma, concluímos que estamos diante de uma longa caminhada para compreensão do direito à identidade genética, porém estamos muito próximos das descobertas relacionadas ao tema, que já nos aponta novos paradigmas para o futuro, os quais poderão ensejar o fim deste conflito, uma vez que as mutações oriundas da epigenética é só o início de grandes descobertas a serem vivenciadas no campo científico, e que sem sombra de dúvida modificará o entendimento sobre o direito à identidade genética.

REFERÊNCIAS

ALES URÍA, Mercedes. *Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. atual e rev. São Paulo: Verbatim, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BASSET, Úrsula Cristina. *La democratización de la filiación asistida*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CHAVES, Luís Claudio da Silva. **Reflexões sobre a reprodução assistida: o direito à identidade genética versus o direito do anonimato do doador**. 2018. Disponível em: <<https://www.oab-ro.org.br/artigo-reflexoes-sobre-a-reproducao-assistida-o-direito-a-identidade-genetica-versus-o-direito-do-anonimato-do-doador-por-luis-claudio-da-silva-chaves/>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

CIRUZZI, María Susana. *El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil e Comercial*. Buenos Aires: Microjuris, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 4. ed rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

DOMÍNGUEZ, Andres Gil. *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires: Ediar, 2015.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2012. tomo I.

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

FIGUEIREDO, Luciano *et al.* **Direito civil: contratos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade: Seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GAGGINI, Fernando Schwarz. **Manual dos contratos empresariais: teoria e prática**. Indaiatuba: Foco, 2022.

GENESTOUX. Rosália Muñoz. VITTOLA. Leonardo Raúl. **O direito de saber a origem genética de pessoas nascidas por meio de técnicas de reprodução humana assistida com um doador anônimo**. REv. IUS. Vol.11 n° 39 Puebla Jan/Jun. 2017.

GOMES, Maria Estela Leite. **Contratos empresariais: princípios, função social e análise econômica do direito**. Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

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

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Gisele. **Delineamentos do direito civil contemporâneo brasileiro**. 2022. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/delineamentos-do-direito-civil-contemporaneo-brasileiro>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

LOPES, Cristina dos Santos; PENNA, Maria Lectícia Firpe; SILVA, Alessandra Maria Dias da Silva *et al.* **Estudio de las reglamentaciones de reproducción asistida en Brasil, Chile, Uruguay y en la Argentina**. 2014. Disponível em: <<https://www.sbrh.org.br/revista>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

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

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Contratos no direito brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. I.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

NILO, Alessandro Timbo. **Direito médico: o contrato de tratamento no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2020.

OLIVA, Lorena. **Identidad desconocida: el lado no previsto de la fertilización asistida**. 2014. Disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

REGUEIRA, Alonso y M. Enrique. **Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SAMER – Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. **Código de Ética en Reproducción Asistida**. Buenos Aires: SAMER, 2021.

SANTOS, Vanessa Audrey Alves Cardoso. Contrato de doação de gametas: um estudo sobre suas nuances contratuais e suas implicações nas relações jurídico-familiares de filiação. *In: Civilistica.com*, ano 10, nº 01. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/contrato-de-doacao-de-gametas/>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2021.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3**. Disponível em: Minha Biblioteca, (16th edição). Grupo GEN, 2021.