



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**IVO ANTÔNIO FERNANDES CANÊDO FILHO**

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ANONIMATO E O  
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA NOS CASOS DE  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**

**Brasília**

**2016**

**IVO ANTÔNIO FERNANDES CANÊDO FILHO**

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ANONIMATO E O  
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA NOS CASOS DE  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da Prof. Dra. Eleonora Medeiros Saraiva.

**Brasília**

**2016**

**IVO ANTÔNIO FERNANDES CANÊDO FILHO**

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ANONIMATO E O  
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA NOS CASOS DE  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da Prof. Dra. Eleonora Medeiros Saraiva.

Brasília, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

Banca Examinadora

---

Prof<sup>ª</sup> Eleonora Saraiva, Dra.

Orientadora

---

Prof<sup>º</sup> Luciano Alves, Me.

Examinador

---

Prof<sup>ª</sup> Dulce Oliveira, Me.

Examinadora

*À minha avó, Ione dos Santos Canêdo in  
memoriam, cujos ensinamentos transpassam o  
conhecimento dos livros.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Primeiramente, agradeço à Deus, pois nos momentos em que me faltou determinação e perseverança, ele me reergueu e me deu tudo que eu precisei para continuar a pesquisa.*

*Em seguida, agradeço à minha família, pelo apoio e contínuo incentivo, sem os quais eu não estaria aqui, com toda a certeza.*

*Agradeço, também, aos colegas e professores do curso de Direito do UniCEUB, pelo convívio ao longo desses anos, pois foi graças a isso que pude aprender, dia após dia, naquele mesmo espaço.*

*Agradeço, especialmente, a Professora Eleonora Medeiros Saraiva, pela indispensável orientação para a realização deste trabalho e pela paciência infinita.*

*Por fim, não posso deixar de agradecer a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para esta pesquisa, especialmente meus tios Eduardo e Ana, meus primos João Pedro e Francisco, e meu grande amigo Jean, cujos nomes faço questão de citar.*

*“Tornou-se chocantemente óbvio que a nossa tecnologia excedeu a nossa humanidade”*

*- Albert Einstein*

## RESUMO

O presente trabalho monográfico avaliou a colisão de direitos fundamentais presente nos casos de reprodução assistida heteróloga, pois o indivíduo concebido deste procedimento é titular de um direito fundamental: a identidade genética. Não obstante, o doador de gametas também é amparado pela Constituição Federal, uma vez que é titular do direito à intimidade e à vida privada. O Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução nº 2.121/2015, se manifestou pela preservação absoluta do anonimato do doador, o que, por certo, fere o direito à identidade daquele que é concebido do procedimento. Sendo assim, considerando que não há legislação sobre o tema, pela análise da jurisprudência dos tribunais, do direito comparado, dos princípios do biodireito e da doutrina brasileira e estrangeira, demonstrou-se a melhor solução a aplicação do juízo de ponderação conduzido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que deve revelar qual direito deve prevalecer, conforme as peculiaridades do caso concreto.

**Palavras-chave:** Reprodução assistida. Identidade genética. Anonimato. Ponderação. Dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

The present work analyzed the fundamental rights collision present in the cases of heterologous assisted reproduction, because the person generated from this procedure owns a fundamental right: the genetic identity. However, the gamete donator is also protected by the Federal Constitution, because he owns the right of intimacy and private life. The Medicine Federal Council, through the Resolution nº 2.121/2015, has stood up for the absolute preservation of the anonymity of the donator, what, for sure, hurts the identity of those born from the procedure. Therefore, considering there is no legislation about the theme, through the analysis of the courts jurisprudence, of the comparative law, of the principles of biolaw and the Brazilian and foreign doctrine, it was demonstrated the best solution is the application of the weighting judgement guided by the principle of the human dignity, what must reveal which right should prevail, according to the case peculiarities.

**Keywords:** Assisted reproduction. Genetic identity. Anonymity. Weighting. Human Dignity.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 AS FAMÍLIAS PLURAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR</b> .....	13
<b>1.1 A evolução da família na história</b> .....	13
1.1.1 A família no direito romano.....	13
1.1.2 A família no direito canônico.....	15
1.1.3 A família no Código de Napoleão.....	16
1.1.4 A família no Código Civil de 1916.....	17
1.1.5 A família pós Constituição de 1988.....	19
<b>1.2 Novas tendências no direito de família</b> .....	21
1.2.1 Da consanguinidade à socioafetividade.....	22
1.2.2 A família eudemonista.....	24
<b>1.3 O direito ao planejamento familiar</b> .....	25
1.3.1 Direitos sexuais e reprodutivos.....	25
1.3.2 A esterilidade e a infertilidade como questões de saúde pública.....	28
<b>2 ASPECTOS DA PROcriação ARTIFICIAL NO BRASIL</b> .....	30
<b>2.1 Classificação</b> .....	30
2.1.1 Reprodução humana assistida homóloga e filiação.....	30
2.1.2 Reprodução humana assistida heteróloga e filiação.....	31
<b>2.2 As principais técnicas de reprodução humana assistida</b> .....	32
2.2.1 A inseminação artificial.....	32
2.2.2 A Fertilização in vitro – FIV.....	33
2.2.3 Transferência de gametas para as trompas – GIFT.....	33
2.2.4 Transferência de zigoto para as trompas – ZIFT.....	34
2.2.5 Fecundação in vitro com transferência embrionária – FIVET.....	34
2.2.6 Gestação substituta.....	34
2.2.7 Clonagem reprodutiva.....	34
<b>2.3 Bioética e Biodireito</b> .....	35
2.3.1 Os princípios bioéticos.....	35
2.3.2 Os princípios biojurídicos.....	36

<b>2.4 Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina</b> .....	37
2.4.1 Regras éticas.....	38
2.4.2 Controvérsias.....	39
<b>2.5 Breve análise dos Projetos de Lei sobre reprodução assistida</b> .....	41
2.5.1 Projeto de Lei nº 1.184/2003.....	41
2.5.2 Projeto de Lei nº 2.061/2003.....	42
2.5.3 Projeto de Lei nº 4.686/2004.....	42
2.5.4 Projeto de Lei nº 115/2015.....	43
<b>3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À IDENTIDADE E O DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA</b> .....	44
<b>3.1 Os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana</b> .....	46
3.1.1 O direito de identidade do indivíduo concebido por técnica de reprodução assistida heteróloga.....	49
3.1.2 O anonimato do doador de gametas.....	52
<b>3.2 A preservação do anonimato no Direito Comparado</b> .....	62
3.2.1 Alemanha.....	62
3.2.2 Espanha.....	63
3.2.3 França.....	63
3.2.4 Suécia.....	64
3.2.5 Estados Unidos da América.....	64
<b>3.3 A aplicação da ponderação de bens nos casos de colisão entre o direito à identidade e o direito à privacidade</b> .....	65
3.3.1 O princípio da proporcionalidade e o núcleo de proteção dos direitos fundamentais...66	
3.3.2 Análise casuística da colisão identidade x privacidade.....	70
<b>CONCLUSÃO</b> .....	74
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	77

## INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos, a inaptidão para procriar é vista como um grande infortúnio, seja no homem ou na mulher. Todavia, com o avanço da medicina, em especial das tecnologias reprodutivas, a possibilidade de formar uma família existe, mesmo para aqueles que são inférteis ou estéreis.

Em face da impossibilidade de conceber um filho pela via natural, a ciência trouxe a tecnologia necessária para alcançar esse sonho: a reprodução humana assistida. Contudo, ainda há casos em que a esterilidade não tem cura, razão porque foram criados os bancos de gametas.

Os bancos de gametas armazenam material genético de doadores anônimos no intuito de proporcionar a chance de ter filhos àqueles que não conseguiram por outros meios. No entanto, ao utilizar material genético alheio, nasce uma discussão ainda não superada: o indivíduo concebido terá a possibilidade de conhecer sua origem, se assim desejar?

O Conselho Federal de Medicina, por intermédio da Resolução nº 2.121/2015, determinou que a classe médica deve manter em sigilo a identidade civil dos doadores quando da sua atuação nos procedimentos de reprodução humana assistida.

De fato, observa-se que o doador em nenhum momento integrou o projeto parental, mas apenas doou material genético com finalidade filantrópica, uma vez que goza de autonomia para tanto, bem como se encontra amparado pela Constituição no que diz respeito à prerrogativa de se manter anônimo.

Por outro lado, o indivíduo concebido desse procedimento tem direito ao conhecimento de sua origem genética, seja para prevenir ou tratar doenças hereditárias ou mesmo para dirimir dúvidas em casos de suspeita de incesto, pois é sabido que os filhos advindos de parentes próximos tem grandes chances de apresentar doenças congênitas e atrasos de desenvolvimento.

Observa-se que as clínicas de fertilidade e os bancos de gametas são instituições que representam uma função de alta relevância social, pois as técnicas de procriação significaram um grande avanço no tocante à promoção do direito fundamental ao planejamento familiar.

Eis que se lança o desafio para o direito, uma vez que a modalidade heteróloga de reprodução assistida ainda não possui solução concreta para os impasses que traz consigo. A inércia do Poder Legislativo não freia o dinamismo da ciência e dos acontecimentos sociais, o

que significa que o Poder Judiciário enfrentará essas questões e deverá dar solução às ações que por ventura forem propostas.

Desta forma, a presente pesquisa se organiza em três momentos. O primeiro capítulo busca traçar a evolução da família na história, descrevendo a queda do patrimonialismo e a ascensão da dignidade da pessoa humana, o que culminou em inúmeras mudanças no direito de família, inclusive no instituto da filiação. Portanto, aborda a igualdade entre os filhos de qualquer ordem e a predominância do afeto no vínculo paterno-filial, ou seja, a denominada socioafetividade. Em seguida, desagua no direito de formar uma família, abordando questões como liberdade reprodutiva, esterilidade e tecnologias reprodutivas.

O segundo capítulo, por sua vez, busca introduzir a temática da reprodução assistida e mostrar os impasses ético-jurídicos que sofre a questão, principalmente pela lacuna legislativa ainda existente, uma vez que ainda não há lei específica que trate sobre o assunto. Nesse sentido, versa sobre a prática médica nos procedimentos de reprodução assistida atualmente, por intermédio da análise da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina e dos princípios da bioética e do biodireito. Ainda, aborda os projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, o que, por certo, são proposições válidas, uma vez que revelam como o Poder Legislativo enxerga o tema da reprodução assistida, dos quais deve resultar em uma lei sobre a matéria, caso um desses projetos chegue a termo.

Por fim, o terceiro capítulo trata do direito ao anonimato e do direito ao conhecimento da origem genética como direitos de personalidade, que são desdobramentos do direito à intimidade e à privacidade e do direito de identidade, respectivamente. Ainda, tendo em vista que ambos encontram respaldo na Constituição Federal, o choque entre os referidos direitos, segundo a teoria dos direitos fundamentais, é denominado de colisão de direitos fundamentais. Sendo assim, a solução se baseia na aplicação da ponderação de interesses guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, há que se considerar as circunstâncias do caso concreto, pois um direito fundamental não deve ser sacrificado em detrimento de outro, mas deve-se optar pelo caminho menos danoso e mais apto a tutelar os direitos de personalidade no caso, ou seja, deve-se velar pela proporcionalidade e razoabilidade.

A presente pesquisa pode ser classificada como sócio-jurídica, porquanto se preocupe com a evolução da ordem social e o quão importante é o papel regulamentador do Direito no amparo aos fatos sociais provenientes das inovações tecnológicas do mundo contemporâneo.

Com base nessa preocupação e em razão da carência de regulamentação do tema abordado, a pesquisa se firmou em conceitos de outras áreas do conhecimento, como por exemplo, a bioética, além de tratar de temas afetos a área médica, devido ao próprio caráter interdisciplinar do tema.

A pesquisa procede pelo raciocínio dedutivo, pois trata exhaustivamente o problema, partindo de uma análise ampla do tema para chegar a um fato particular, de modo a moldar premissas que comprovem as hipóteses.

Para tanto, se vale de estudos de casos (jurisprudência), um breve estudo histórico acerca da evolução do conceito de família e um estudo comparativo sobre o posicionamento de vários países acerca da colisão entre o direito à identidade e o direito à privacidade e intimidade nos casos de reprodução assistida heteróloga.

Com este intuito, a investigação foi feita pelo levantamento de bibliografia especializada e da análise da legislação nacional e estrangeira, bem como de projetos de lei, precedentes jurisprudenciais e artigos cuidadosamente selecionados.

Nestes termos, a presente pesquisa se compromete em explorar a colisão aparente entre privacidade e identidade genética nos casos de procriação artificial heteróloga, caso a caso, avaliando os aspectos da reprodução assistida e dos direitos envolvidos.

## **1 AS FAMÍLIAS PLURAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR**

O conceito de família tem sido discutido desde os tempos remotos, passando por diversas modificações até a atualidade. A família demonstra ser uma instituição criada da necessidade natural do ser humano de não estar só, sendo considerada a célula mater da sociedade.<sup>1</sup>

É interessante notar essas mudanças, pois seus efeitos repercutem na esfera privada, no que tange à liberdade de cada indivíduo planejar um projeto de família. Mas afinal, o que é família?

O primeiro capítulo abordará a evolução das famílias, desde a antiguidade até a modernidade, demonstrando o enfraquecimento gradativo do patriarcalismo, do casamento à pluralidade de entidades familiares e do critério de sangue como fator único de vinculação familiar ao critério de união por afeto, procurando, desta forma, estabelecer uma maior compreensão do conceito de família.

### ***1.1 A evolução da família na história***

Desde a família romana até os tempos atuais, a noção de família se modificou bastante. Ainda hoje, há constantes mudanças no que se pensa ser o significado de família.

Agora se passa a construção de uma linha do tempo, que parte do patriarcado da família romana até a família democratizada como a tendência surgida na contemporaneidade.

#### ***1.1.1 A família no direito romano***

O mundo ocidental, em sua grande maioria, tem o modelo familiar romano como padrão de organização institucional: uma unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada no princípio da autoridade, o que significa que todos aqueles inseridos em determinada unidade

---

<sup>1</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.258.

familiar estariam submetidos à autoridade suprema (*patria potestas*) do ascendente comum vivo mais velho.<sup>2</sup>

Na Roma antiga, o poder do pater era absoluto, pois detinha a posição de chefe político, sacerdote e juiz ao mesmo tempo, exercendo total controle sobre os demais. Nesse sentido, poderia dispor livremente da vida e do corpo de seus filhos como se objetos fossem, assim como poderia repudiar sua esposa, porquanto se tratasse de sujeito incapaz, sem direitos próprios, totalmente submissa à autoridade marital.<sup>3</sup>

Sendo assim, a mulher jamais ascendia à posição de pater famílias, assim como os filhos jamais se emancipariam, portanto não poderiam adquirir autonomia, mesmo com idade avançada.<sup>4</sup>

Ainda, o pater detinha o patrimônio familiar como seu próprio, podendo dele dispor, gozar e fruir em vida, inclusive, cabendo-lhe o direito de deixar por testamento à quem quisesse, mesmo que sobreviesse prejuízo aos herdeiros.<sup>5</sup>

Interessante notar que o vínculo familiar no direito romano não era regido sob os laços de sangue, porque a mulher, ao casar-se, poderia continuar vinculada à família de seu pai, o que era denominado de casamento sem manus. Por outro lado, poderia pertencer à família de seu marido (casamento com manus), não devendo pertencer a mais de uma família, hipótese vedada a todas as pessoas.<sup>6</sup>

Não obstante, ao parentesco sanguíneo era dado o nome de cognação. Diferentemente, agnação era a espécie de parentesco entre pessoas regidas pelo mesmo pater.<sup>7</sup>

Percebe-se que a supremacia do pater oprimia direitos fundamentais de todos os outros indivíduos que compunham a sociedade, evidenciando grave ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez que não possuíam tratamento como sujeitos de direitos, pois o único titular de direitos era o próprio pater famílias.

---

<sup>2</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.56-57.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva apud GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.57.

<sup>4</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. Op cit. p.58.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem, p.59.

<sup>7</sup> Ibidem.

### 1.1.2 A família no direito canônico

Já na Idade Média, a Igreja se torna uma instituição influente e poderosa, passando a reger a sociedade por intermédio dos cânones, normas prescritas pela própria Igreja.

Ao conjunto dessas normas denomina-se Direito Canônico, cujo papel teve repercussões que marcaram o direito de família brasileiro até os dias atuais. Tendo em vista o entendimento de que a família é a célula-mãe da sociedade, a Igreja não poderia deixar de dar especial atenção, principalmente no que diz respeito ao casamento.

Segundo afirmou solenemente a Igreja Católica no Concílio de Trento (1542-1563), o casamento é “ato solene, sacramental, submetido à jurisdição eclesiástica, indissolúvel, monogâmico e heterossexual”.<sup>8</sup>

Depreende-se de tal afirmação que o casamento religioso era o único meio de formação da família legítima, fundada na solenidade presidida por autoridade eclesiástica e na união indissolúvel entre homem e mulher. Para a Igreja o casamento é um sacramento, um voto eterno feito diante de Deus, sem possibilidade de dissolução, seja pelo homem ou pela mulher.

Em face da indissolubilidade do matrimônio, foi estabelecido um sistema de impedimentos para sua realização baseado na incapacidade do nubente, no vício de consentimento e na relação de parentesco.<sup>9</sup>

O nubente era considerado incapaz pela diferença de idade ou religião, assim como se fosse impotente, pois, ao ver da Igreja Católica, o casamento é celebrado em ato solene perante autoridade competente, mas se aperfeiçoa no momento da união de corpos, ou seja, ao ocorrer a conjunção carnal. Por óbvio, também é incapaz para o casamento aquele que já contraiu núpcias.<sup>10</sup>

Haveria impedimento para o casamento em razão de vício de consentimento se houvesse coação para a obtenção do consentimento ou erro quanto à pessoa do cônjuge. Por último, há impedimento também se houver relação de parentesco, mesmo que por afinidade.<sup>11</sup>

O casamento religioso vigorou entre o século X e o século XV como único meio de estabelecer família, mas ao passo em que cresciam as divergências entre os tribunais civis

<sup>8</sup> CAMPOS, Diogo Leite de apud GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.67.

<sup>9</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.65.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 65-66.



e religiosos sobre o direito de família, as autoridades civis tomam as competências correspondentes às autoridades eclesiásticas, a indissolubilidade do casamento deixa de ser absoluta e surge, em 1767, na França, a instituição do casamento civil, abarcando desta forma, as famílias não católicas.<sup>12</sup>

Conclui-se que reverberam evidentes influências do Direito Canônico na família brasileira de hoje, como se percebe claramente na solenidade do casamento e nas normas referentes aos impedimentos matrimoniais.

### *1.1.3 A família no Código de Napoleão*

O código civil francês ou Código de Napoleão representou um momento de evolução jurídica, pois foi a transição da aplicação dos costumes locais à codificação, em que passa a prevalecer a lei, elaborada no rigor técnico-formal, sobre o direito consuetudinário, mudança exigida pelo ideal de igualdade expresso na Revolução Francesa de 1789, ante a ausência de isonomia e insegurança jurídica causada pela aplicação de normas diferentes para as distintas classes sociais, além das normas aplicáveis à solução dos problemas locais.

Portanto, foi o estopim para a criação da legislação civil dos outros países, influenciando visivelmente as normas de direito de família que até pouco tempo vigoravam no Brasil.

Edinês Maria Garcia destaca a importância do Código de Napoleão, ao dizer: “Considera-se pacífico o reconhecimento de que é com o Código Civil da França que tem começo a Ciência Jurídica moderna, caracterizada sobretudo pela unidade sistemática e o rigor técnico-formal de seus dispositivos”.<sup>13</sup>

Os ideais da Revolução Francesa culminaram na criação do Código de Napoleão, o que, por sua vez, chamou a atenção dos países latinos, recém independentes e ainda desprovidos de uma engenharia jurídica eficiente. A respeito da influência francesa na legislação civil latino-americana, ensina Jayme de Altavila:

“Era natural que as antigas colônias hispânicas, ao se desvencilharem dos punhos dourados dos vice-reis, incrementassem os seus progressos jurídicos e imaginassem novas normas pelas quais fossem regidas. Porém, como não lhes seria possível, de imediato possuírem uma geração intelectual capacitada de empreendimentos legais compatíveis com as relações sociais que se impunham, é natural que tenham buscado uma fonte de direito que foi a da França, credenciada pelo liberalismo revolucionário de 1789 e pelas leis

---

<sup>12</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.67.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.74-75.

de 1804 que, promulgadas separadamente, foram depois corporificadas em Código Civil”.<sup>14</sup>

Em relação à família, Napoleão Bonaparte estabeleceu que o casamento civil é a fonte única de constituição da família legítima, sendo este um contrato exclusivamente sujeito à legislação e à jurisdição do Estado. A família é estruturada em uma hierarquia e na autoridade de um chefe do sexo masculino, o qual detinha sobre sua esposa o poder marital e sobre seus filhos o pátrio poder.<sup>15</sup>

Nota-se que ainda resiste o modelo hierarquizado e patriarcal de família, em que o pai detém a autoridade máxima e o poder de decisão unilateral. Ademais, percebe-se que o Código Napoleônico não tutelou as outras formas de família. Esse, portanto, foi o modelo que o Código Civil de 1916 viria a ter como base.

#### *1.1.4 A família no Código Civil de 1916*

Marcadamente inspirado na legislação francesa, o Código Civil de 1916 é essencialmente patrimonialista, o que significa que garantir os direitos individuais não foram prioridade da legislação civil da época, pois o livro de família do referido código trazia “o conjunto de regras que disciplinam as relações de família e sua influência sobre pessoas e bens daqueles que se acham vinculados pelo parentesco ou casamento”.<sup>16</sup>

Ainda sob o mesmo prisma, a família legítima era apenas aquela constituída no casamento entre homem e mulher, gozando o homem do status de chefe de família, embora com algumas restrições. A mulher passa a ser considerada relativamente incapaz e, ainda por influência do direito canônico, o Código Civil de 1916 adotou, dentre outros institutos, a indissolubilidade do vínculo matrimonial.<sup>17</sup>

Observa-se que em decorrência da incapacidade relativa da mulher, era necessária autorização do marido para que esta exercesse qualquer profissão. Em relação aos filhos, o Código Civil os dividiu em várias categorias, estabelecendo tratamento diferenciado entre eles.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> ALTAVILA, Jayme de apud GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.76.

<sup>15</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito. 2003. p.77.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.78.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.78-79.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.80.

A filiação era dividida em quatro espécies: a) legítima, b) legitimada, c) ilegítima e d) civil (adotiva).<sup>19</sup>

Os filhos legítimos são os havidos na constância do matrimônio, portanto eram os que possuíam um amparo legal maior. Os filhos legitimados são os havidos pelos cônjuges antes do casamento, alcançando equiparação aos filhos legítimos quando do matrimônio dos pais. Já os filhos ilegítimos são aqueles havidos de relações extraconjugais, subdividindo-se em naturais ou espúrios.<sup>20</sup>

Os filhos ilegítimos naturais são aqueles havidos de relações extraconjugais, no entanto por pessoas sem impedimentos matrimoniais. Por outro lado, os filhos espúrios são fruto de relação extraconjugal por pessoas impedidas de se casar, seja por impedimento de vínculo matrimonial (adulterino), ou por impedimento de parentesco (incestuoso). Insta esclarecer que os filhos incestuosos provêm de pessoas unidas por vínculo de parentesco próximos, ou seja, no caso de parentes em linha reta ou colaterais até o segundo grau ou até mesmo no terceiro grau, se não comprovada a compatibilidade genética, tendo em vista que é cientificamente comprovado que os filhos advindos de parentes próximos em sangue correm risco de má formação e toda a sorte de anomalias genéticas.<sup>21</sup>

Por fim, os filhos civis ou adotivos são aqueles que, embora não possuam laços de sangue com os adotantes, tem a condição de filho legítimo para determinados efeitos legais.<sup>22</sup>

Tal distinção tinha o cunho de valorizar as espécies de filiação, umas em detrimento de outras. A título exemplificativo, era proibido o reconhecimento dos filhos ilegítimos.

Percebe-se a importância dada ao matrimônio e ao critério de consanguinidade, uma vez que os filhos civis não eram equiparados aos filhos biológicos, assim como os filhos havidos fora da constância do matrimônio também não se equiparavam aos filhos frutos do casamento até a celebração do mesmo.

“Segundo Arnoldo Wald, o Código Civil brasileiro manteve num estado leigo, uma técnica canonista e, numa sociedade evoluída do século XX, o privatismo doméstico e o patriarcalismo conservador do Direito das Ordenações.”<sup>23</sup>

<sup>19</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p.67-68.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.67.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.67-68.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.67.

<sup>23</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.79.

### 1.1.5 A família pós Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, fundada nos princípios e garantias fundamentais, trouxe mudanças drásticas à vida civil, principalmente no direito de família, que vinha de um passado de preceitos ultrapassados do direito romano e do Código de Napoleão e que foram enfraquecendo com a evolução das Constituições da República.

Por conseguinte, o espírito emanado da chamada Constituição cidadã incorporou a legislação criada a partir de então, como por exemplo, o Código Civil de 2002, a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Nesse diapasão, prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”<sup>24</sup>. Observa-se que o Estado, ao reconhecer a família como instituição formadora da própria sociedade, passa de Estado interventor a Estado protetor. Assim assinala Sílvia de Salvo Venosa:

“Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula mater, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada”.<sup>25</sup>

Em linhas gerais, vale destacar o conceito de família formulado por Belluscio apud Venosa: “família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos”.<sup>26</sup>

A precisão do conceito de Belluscio supera a velha concepção de família que consistia no casamento entre pessoas do mesmo sexo e sua prole legitimada pelo vínculo sanguíneo que detinha com os pais, ante à complexidade das relações familiares reconhecidas pela Carta Magna de 1988.

Reconheceu a união estável entre o homem e a mulher em seu artigo 226, §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>25</sup> VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 6. p.10.

<sup>26</sup> BELLUSCIO apud VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 6. p.8.

<sup>27</sup> BRASIL. Op cit.

Conforme o artigo 1723 do Código Civil, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”<sup>28</sup>. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal na ADI 4277/DF e na ADPF 132/RJ que nada obsta o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo, devendo-lhes ser assegurada a proteção estatal pelo critério de isonomia, porquanto a família nasce do afeto, valor jurídico impregnado de natureza constitucional. Portanto, a Suprema Corte conferiu o status de entidade familiar às uniões homoafetivas, no intuito de “proteger o direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual”, caracterizada, nesta linha, como “norma de inclusão” para a “proteção das minorias”.<sup>29</sup>

Nesse contexto, reforça Maria Berenice Dias:

“A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana”.<sup>30</sup>

Ainda, também foi reconhecida a denominada família monoparental no §4º do artigo 226 da Constituição Federal - CF: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”<sup>31</sup>. Pode-se dizer que a Constituição apenas estendeu a sua proteção às famílias que sempre existiram de fato, mas não de direito, ou seja, até recentemente essas entidades familiares estiveram às margens da lei.

Além do reconhecimento de outras entidades familiares, a Constituição Federal também trouxe normas inerentes às relações familiares, como a igualdade dos cônjuges em direitos e deveres, desvincilhando-se, por fim, do ideal romano de poder marital. Significante mudança está prevista no art. 5º, I da CF: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”<sup>32</sup>. Em decorrência da equiparação da mulher ao

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 886.

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. As Famílias de Hoje. In: IDEF, Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (Coord.). *Direito de Família & Interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001. p.22.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

homem na sociedade conjugal, o pátrio poder desaparece e é substituído pelo poder familiar, cabendo aos pais assistir, criar e educar seus filhos (art. 229 da CF).<sup>33</sup>

No que tange à filiação, foram iguados os filhos de toda ordem, provenientes ou não do casamento, assim como os filhos adotivos, possuindo todos os mesmos direitos e qualificações sem nenhuma distinção, tal como prevê o artigo 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>34</sup>. Desta forma, as distinções outrora existentes no Código Civil de 1916 desaparecem em face do novo paradigma trazido pela nova ordem constitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o art. 227 da CF, traz em seu bojo esse mesmo paradigma, qual seja o paradigma da proteção integral, que incumbe à família, à sociedade e ao Estado primar pela assistência integral das crianças e adolescentes, orientando-se pelo seu melhor interesse e pela sua prioridade absoluta. Sendo assim, não deve haver distinção na filiação, porquanto sejam todos detentores dos mesmos direitos, inexistindo qualquer forma de hierarquia.

Outra mudança de relevante importância no direito de família foi trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar a redação do artigo 226, §6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”<sup>35</sup>, suprimindo a previsão anterior que exigia a separação judicial por mais de um ano ou a separação de fato por mais de dois anos. Jaz, por fim, encerrada a influência canônica acerca da indissolubilidade do casamento.

Pode-se perceber que apesar das drásticas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 e as leis posteriores, o direito de família continua sofrendo mutações e vários debates são travados devido a temas ainda não pacificados ou bastante polêmicos, como é o caso da crescente evolução biotecnológica, que traz consigo avanços na área da reprodução artificial, o que deve chamar, mais uma vez, o poder regulamentador do direito para reger essas mudanças que já afetam as relações familiares de hoje.

## ***1.2 Novas tendências no direito de família***

Com o passar do tempo, perdeu-se a fixação pelo sangue como forma única de vínculo familiar. O critério que amadureceu e é tido como preponderante na sociedade

---

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

brasileira atual é a socioafetividade. A dignidade humana como pilar da República tirou a venda que impedia enxergar o óbvio: a família não é fruto do vínculo sanguíneo, mas da convivência duradoura, em que se constroem, pouco a pouco, laços fortes de afeto e respeito mútuo.

Este entendimento converge com a posição do Superior Tribunal de Justiça: “Os precedentes desta Corte que privilegiam a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica o fazem de forma a proteger os interesses daquele registrado como filho.”<sup>36</sup>

Portanto, será abordado a seguir as novas concepções de família em todos os seus aspectos.

### 1.2.1 Da consanguinidade à socioafetividade

Tem-se que da repersonalização do direito civil, em que os holofotes deixaram os direitos patrimoniais e focaram os direitos existenciais da pessoa humana, passam a ser outras as nuances para o estabelecimento da família, uma vez que a dignidade da pessoa humana foi elegida como fundamento da República.<sup>37</sup>

Ao contrário do que vigorava nas antigas famílias, a sensibilidade humanista da Constituição de 1988 revelou no afeto o componente que torna uma entidade familiar merecedora de reconhecimento jurídico. Nesse sentido, “não é exauriente o rol constitucional, pois não alberga todos os universos familiares merecedores de proteção”.<sup>38</sup>

Sendo o afeto elemento identificador das entidades familiares, também é parâmetro para a definição dos vínculos parentais.<sup>39</sup>

Não obstante, a história demonstra a importância dada à verdade biológica, que tinha na figura do homem casado a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, ou seja, presumia-se que o pai dos filhos advindos do casamento é o marido.<sup>40</sup> Atualmente, os avanços da medicina reprodutiva são capazes de alterar os conceitos de presunção de paternidade e até mesmo causar dúvidas acerca da maternidade biológica. A prenhez e o parto

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.458.696 – SP*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43244206&num\\_registro=201401279985&data=20150220&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43244206&num_registro=201401279985&data=20150220&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 17 set. 2016.

<sup>37</sup> GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003. p.143.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. Filiação Homoafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.393.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.394.

<sup>40</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.201.

são sinais físicos inequívocos que comprovam a maternidade biológica, no entanto a presunção *mater semper certa est* foi relativizada pela possibilidade de gestação substituta ou mesmo por técnicas reprodutivas que utilizam gametas femininos de terceiros, doados e depositados nos bancos de gametas.<sup>41</sup> Por outro lado, os avanços da ciência já permitem que seja comprovada a parentalidade biológica por intermédio de um exame de DNA, que atesta quase 100% de certeza.<sup>42</sup>

Embora seja possível adquirir prova científica da filiação biológica, o entendimento que vigora hoje é a prevalência da socioafetividade sobre os laços de sangue, pois de nada adianta a consanguinidade se a criança ou o jovem não possui vínculos afetivos com a família em que está inserida, seria o mesmo que viver com estranhos. Dessa forma, o menor não teria o seu direito à convivência familiar e comunitária amparado no sentido material do termo, razão pela qual inseri-lo na família com que tem vínculos fundados no afeto e na convivência, onde tem por referência o seu lar e existe mútua aceitação, é a decisão mais acertada, pois tutela melhor a dignidade da pessoa humana.

Assim declara Eduardo de Oliveira Leite: “A verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológica-genética”.<sup>43</sup>

O doutrinador ressalta que o critério afetivo não exclui o biológico, mas se trata de um complemento necessário. Assim diz:

“As indagações doutrinárias mais recentes tem insistido, de forma cada vez mais freqüente e firme, que a filiação não é somente fundada sobre os laços de sangue; o vínculo sanguíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário do vínculo biológico”.<sup>44</sup>

Desse modo, superada a visão biológica da filiação, tem-se hoje que o critério predominante para estabelecer o estado de filiação é o afeto gerado na convivência familiar, como afirma Paulo Luiz Netto Lôbo: “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue”.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Artigos 1591 a 1693*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p.48.

<sup>42</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.202.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p.203.

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op cit.* p.56.



Esse novo paradigma vinculou novas entidades familiares e fez prevalecer a filiação socioafetiva, nome dado à relação jurídica de afeto fundada na convivência entre pais e filhos.<sup>46</sup>

Tal entendimento também já encontra respaldo na jurisprudência, enquanto atenda a primazia dos interesses do menor e melhor tutele a dignidade da pessoa humana, inclusive nos casos de adoção à brasileira.

Entende-se por adoção à brasileira o registro de filho por quem não é, em verdade, pai biológico ou mãe biológica. Nesses casos, os tribunais têm entendido que o reconhecimento espontâneo constitui adoção, mesmo diante da ilicitude do ato, que passa a ser irretratável ante à existência do estado de filho afetivo. Portanto, não poderia o pai registral pretender a anulação do registro de nascimento posteriormente, pois constitui ato irrevogável, porque nasce a filiação socioafetiva quando edificado o estado de filho afetivo.<sup>47</sup>

Daí insurge a diferença entre pai e genitor, conceitos outrora reunidos pela primazia da função biológica da família. “Pai é o que cria. Genitor é o que gera”.<sup>48</sup>

### 1.2.2 A família eudemonista

Diante da compreensão do real sentido de filiação, tem-se que os filhos são considerados seres prioritários, não devendo nem o interesse dos pais ou o interesse do Estado se sobressair aos interesses destes. É nesta linha que segue o princípio do melhor interesse da criança ou do menor, incorporado na doutrina da proteção integral que refletem os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que não significa dizer que exclui direitos dos demais, mas apenas que a criança e o adolescente tem prioridade absoluta, com a imperativa observância do seu melhor interesse, ponderado na tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>49</sup>

No que tange à família na sua integralidade, afirma Luiz Edson Fachin apud Belmiro Pedro Welter: “sob a concepção eudemonista da família, não é o indivíduo que existe

---

<sup>46</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.148.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.150-151.

<sup>48</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Artigos 1591 a 1693*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p.42.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.44-45.

para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”<sup>50</sup>

O conceito de família caminha para a família eudemonista, que consiste numa forma democrática de entidade familiar, baseada na participação de todos os membros do projeto familiar, cuja elaboração deve conter metas para o desenvolvimento pessoal e para a felicidade e satisfação de todos os que a compõem.

Ao admitir o afeto como fator preponderante da identidade do conceito de família, nota-se a evolução da sociedade rumo aos prismas constitucionais, pois reconhece, sem discriminação de nenhuma espécie, qualquer entidade que reflita a consideração e assistência mútua de seus membros, de modo que é respeitada a autonomia da vontade daqueles que se determinam uma entidade familiar. Vale lembrar a consagrada norma constitucional insculpida no caput do artigo 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.<sup>51</sup>

Conclui-se que a família brasileira vive a fase de intervenção mínima do Estado na vida privada, em que este intervém apenas para fins de proteção, como se percebe do reconhecimento das entidades familiares não originadas do casamento, conquista do novo paradigma constitucional.

### *1.3 O direito ao planejamento familiar*

A evolução da medicina reprodutiva trouxe à tona a possibilidade do livre planejamento familiar, incumbindo ao Estado o dever de prover os recursos e informações trazidas pelas inovações científicas, afim de que seja tutelada a autonomia dos indivíduos em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos.

#### *1.3.1 Direitos sexuais e reprodutivos*

Diante da autonomia reprodutiva de todos e em atenção ao corolário constitucional da dignidade da pessoa humana, está previsto no artigo 226, §7º:

---

<sup>50</sup> FACHIN, Luiz Edson apud WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.64.

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.<sup>52</sup>

Por conseguinte, o artigo 1º da Lei nº 9.263/96 vem esclarecer que o direito ao planejamento familiar é direito de todo cidadão.<sup>53</sup> De mesma forma, conceitua o planejamento familiar em seu artigo 2º: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”<sup>54</sup>

Ao assegurar esse direito, promove-se a autonomia para o projeto parental, o que, conseqüentemente, gera a denominada paternidade responsável. Esse princípio pressupõe o preparo e a pretensão para ser pai ou mãe, ou seja, os pretensos pais devem se estruturar para ter a capacidade de assistir e criar um filho antes mesmo que este venha a nascer. Nessa linha de raciocínio, ao ter autonomia reprodutiva, a mulher tem controle sobre sua vida e a possibilidade de se preparar para receber um filho, caso pretenda ser mãe. Nesse aspecto, a ciência veio para favorecer o princípio da paternidade responsável.

Portanto, o direito ao planejamento familiar foi dado pela evolução da ciência, por intermédio do acesso aos métodos contraceptivos seguros e eficazes. Dessa forma, há a possibilidade de escolher ter filhos ou não, assim como decidir quantos filhos se quer ter e a diferença de idade entre eles.<sup>55</sup>

A esse respeito, assinala Maria Claudia Crespo Brauner:

“Sob a designação de planejamento familiar está implícita a ideia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher e, especialmente, sobre a saúde de ambos”.<sup>56</sup>

Diante dos debates e o reconhecimento internacional dos direitos sexuais e reprodutivos, o direito ao planejamento familiar pode ser um visto sob uma ótica mais abrangente do que somente ter autonomia de gerar ou não gerar filhos. Pode-se, a partir daí

<sup>52</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>53</sup> Idem. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.16.

<sup>56</sup> Ibidem, p.15.

dizer que o direito ao planejamento familiar está atrelado à liberdade sexual. Assim esclarece Maria Claudia Crespo Brauner:

“o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos está vinculado à questão do controle da sexualidade e da capacidade reprodutiva, pelo processo de educação e socialização das pessoas, tendo em vista que esses elementos determinam o grau de realização do indivíduo em relação a seu corpo, sua possibilidade de viver sua sexualidade de forma gratificante e de organizar sua vida reprodutiva”.<sup>57</sup>

Os movimentos feministas mundiais têm levantado a importância da liberdade sexual segura, pois, de fato, a sexualidade é inerente à esfera mais íntima do ser humano e deve, portanto, ser tratada como fator natural e merecedor de amparo jurídico.<sup>58</sup> Faz-se necessário, por fim, destacar a noção de sexualidade: “abarca a idéia ligada à busca do prazer, reconhecendo a vida sexual gratificante como um direito de cada cidadão, homem e mulher, não mais se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica”.<sup>59</sup>

Não obstante, tal argumento merece atenção não somente pela proteção à liberdade sexual e reprodutiva, mas por ser também uma relevante questão de saúde pública, como pode ser percebido da leitura do artigo 3º da Lei nº 9.263/96: “O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”.<sup>60</sup>

Referida lei “estabeleceu as políticas para a implementação dos serviços de planejamento familiar no país e o acesso aos meios preventivos e educacionais para a regulação da fecundidade e prevenção das doenças sexualmente transmissíveis.”<sup>61</sup>

Nesse ponto, resguarda os direitos da mulher, abrangendo inúmeros serviços que devem ser disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), como programa de atenção integral à saúde. Dentre outros, “o acesso às medidas contraceptivas e a assistência à concepção, o atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, o controle de doenças sexualmente transmissíveis e o controle e prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis”.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.9.

<sup>58</sup> Ibidem, p.8-9.

<sup>59</sup> Ibidem, p.9.

<sup>60</sup> BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>61</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op cit. p.15.

<sup>62</sup> BRASIL. Op cit.

Observa-se que os direitos sexuais e reprodutivos estão intimamente ligados ao direito à saúde, direito fundamental previsto na Constituição Federal, na espécie saúde reprodutiva, razão pela qual merece proteção em todos os seus aspectos: de livre planejamento familiar, de liberdade sexual e de saúde sexual e reprodutiva.

### *1.3.2 A esterilidade e a infertilidade como questões de saúde pública*

Tem-se o direito de gerar como um direito humano, pois encontra esteio no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm direito a casar e constituir família.”<sup>63</sup>

No entanto, sabe-se que existem disfunções de ordem biológica que obstam o desejo de algumas pessoas no tocante à geração de descendência. Não obstante, a ciência vem em auxílio destes por tratar-se de questão de saúde pública, relevante e preocupante, o que fere gravemente a dignidade e a autodeterminação do indivíduo que fica impedido de ser pai ou mãe.

Portanto, as técnicas de reprodução humana assistida, como o conjunto de técnicas de reprodução humana em que há intervenção médica para manipulação do material genético, constituem o meio de escape para quem se viu privado de seu direito por força da natureza.

Assim, é obedecido o comando do artigo 4º da Lei nº 9.263: “O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.<sup>64</sup>

Para melhor compreensão do assunto, destaca-se a diferença entre os conceitos de esterilidade e infertilidade, como assinalado por Juliana Frozel de Camargo:

“[...] faz-se oportuno esclarecer que, em ciências biológicas, há diferença entre esterilidade e infertilidade, uma vez que esta advém de causas orgânicas ou funcionais, que, atuando no fenômeno da fecundação, impossibilitaram a produção de descendência; enquanto aquela consiste na incapacidade do homem ou da mulher, ou de ambos, por causas funcionais ou orgânicas, de fecundarem por um período de relação sexual normal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes.”<sup>65</sup>

<sup>63</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2016.

<sup>64</sup> BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>65</sup> PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C.P. apud CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 16.

Portanto, compreende-se “o termo infertilidade de forma ampla para definir a ineficiência do processo reprodutivo.”<sup>66</sup> Enquanto denomina-se

“Esterilidade simplesmente ou esterilidade conjugal quando o casal não obteve uma gestação comprovada após o período de tempo já descrito de um ano, com atividade sexual regular (relações sexuais durante o período fértil da mulher ou duas ou mais relações por semana) sem método anticoncepcional.”<sup>67</sup>

Portanto, pode-se dizer que o indivíduo estéril não é capaz de gerar descendência, enquanto o infértil não é capaz, na medida em que possua deficiências que o incapacitem no processo de reprodução.

Devido aos avanços da medicina reprodutiva, a esterilidade é relativa, na medida em que pode ser tratada, pois ainda há casos em que a esterilidade será absoluta; ou seja, quando a causa que a determina é definitiva e irreparável, não haverá qualquer possibilidade do indivíduo estéril gerar descendência a partir de seu material genético.<sup>68</sup>

Ora, em síntese, diante do amplo amparo ao direito fundamental do planejamento familiar, consubstanciado no artigo 226, §7º da Constituição Federal, na Lei nº 9.263 de 1996 e, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, há que se dar destaque aos bancos de gametas e clínicas de fertilização como instituições de ímpar importância no combate às disfunções de ordem reprodutiva.

Nesse ínterim, faz-se necessária a obediência das regras éticas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina e a ação do legislador para dar proteção jurídica a essas instituições, o que significa, por certo, proteger, promover e realizar o direito fundamental ao planejamento familiar.

---

<sup>66</sup> TOGNOTTI, Elvio; PINOTTI, José A. *A Esterilidade Conjugal na Prática da Propedêutica Básica à Reprodução Assistida*. São Paulo: Roca, 1996. p. 3.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

## 2 ASPECTOS DA PROcriação ARTIFICIAL NO BRASIL

É palpável a dificuldade em estabelecer normas sobre reprodução assistida, ao passo em que verificamos a existência de vários projetos de lei em tramitação há décadas, sem que nenhum deles tenha chegado a termo. Tal dificuldade é devida ao debate bioético acerca da aplicação dessas técnicas, o que ocorre nos sistemas legislativos de países de todo o mundo.

Nesse sentido, é necessário adentrar no mérito das técnicas de reprodução assistida, analisando suas consequências práticas e os critérios de solução adotados no Brasil e no direito estrangeiro, como uma forma de análise da experiência jurídica acerca da questão.

### 2.1 Classificação

Preliminarmente, cabe salientar a diferença entre reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, enquanto conceitos imprescindíveis para o cerne da questão, pois a polêmica trazida pelo tema reside em apenas uma das modalidades de procriação artificial.

Tem-se por reprodução assistida homóloga aquela em que o material genético do homem e da mulher, sendo eles um casal, será usado para a realização da técnica, resultando na convergência entre paternidade e maternidade biológica e socioafetiva.<sup>69</sup>

Por outro lado, reprodução assistida heteróloga é aquela em que, por alguma razão, seja por impossibilidade ou por pura vontade, é utilizado gameta estranho para a realização da técnica, ou seja, utiliza-se material genético de terceiro, depositado em banco de gametas. Percebe-se que a discussão gerada é devida ao fato de que não há convergência entre parentalidade biológica e socioafetiva, porquanto seja o doador alguém que não terá nenhuma vinculação com o indivíduo concebido pela técnica.<sup>70</sup>

#### 2.1.1 Reprodução humana assistida homóloga e filiação

A doutrina não diverge quanto à filiação daquele concebido por reprodução artificial homóloga, conforme infere-se do artigo 1597, incisos III e IV do Código Civil, uma

---

<sup>69</sup> RAFFUL, Ana Cristina. *A Reprodução Artificial e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Themis, 2000. p.37-38.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

vez que estes não possuem qualquer vinculação com outras pessoas, nem sequer biológica, estando assim reunidos os critérios da socioafetividade e da consanguinidade.<sup>71</sup>

É válido destacar a hipótese contida no inciso III do artigo 1597: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.<sup>72</sup>

Assinala Belmiro Pedro Welter que basta ao cônjuge falecido ter assentido em vida o uso da referida modalidade de reprodução assistida para ser presumido o pai daquele que vier a ser concebido.<sup>73</sup>

### 2.1.2 Reprodução humana assistida heteróloga e filiação

Ao contrário do que ocorre com a reprodução assistida homóloga, a filiação do concebido pela reprodução assistida heteróloga suscita diversos questionamentos no mundo jurídico. Não obstante, a legislação civil se encarregou de atribuir a presunção *pater is est* à referida hipótese, conforme redação do artigo 1597, V: “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.<sup>74</sup>

Portanto, o uso da reprodução assistida heteróloga é fundada na autonomia do indivíduo, não lhe devendo ser negada a paternidade, pois dele a criança receberá todo o afeto e assistência necessária. Ao contrário, o doador é apenas um filantropo, que tem por mera intenção ajudar uma família a conceber um filho, inexistindo a vontade de ser pai.

Não obstante, nota-se que a regulamentação do tema é extremamente necessária, enquanto seja o dispositivo previsto no Código Civil incapaz de abarcar todas as situações concretas advindas da reprodução assistida heteróloga, como por exemplo, o direito de buscar a origem genética. Ou, ainda, que direitos tem aquele que foi concebido de técnica de reprodução assistida heteróloga e vive sob uma família monoparental? Ou foi concebido pela mesma técnica sem a autorização do marido de sua mãe?

São diversas as questões suscitadas, as quais deverão observar o princípio do melhor interesse do menor, pois trata-se de situações em que se faz necessário atentar-se para a garantia da dignidade humana, em especial daquele que é concebido da técnica.

<sup>71</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.232-233.

<sup>72</sup> BRASIL. Código Civil brasileiro. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>73</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Op cit. p.232-233.

<sup>74</sup> BRASIL. Op cit.



## ***2.2 As principais técnicas de reprodução humana assistida***

Os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida deverão manifestar sua concordância, assinando um formulário relativo ao termo de consentimento informado, sendo-lhes explicados os detalhes sobre as circunstâncias da aplicação e os respectivos resultados da técnica empregada, conforme previsão do item I, número 3, da Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina.<sup>75</sup>

A gama de técnicas reprodutivas existentes já é bastante ampla, sendo imprescindível tratar das mais utilizadas.

### *2.2.1 A inseminação artificial*

Primeiramente, a mais simples no ramo da reprodução assistida e mais conhecida popularmente, é a chamada inseminação artificial. Nesse caso, os espermatozoides utilizados podem ser do marido (inseminação homóloga) ou de um doador anônimo (inseminação heteróloga), cujo material é colhido e armazenado em um banco de esperma, nos casos de doação de gametas por terceiro. Em seguida, os espermatozoides são coletados, selecionados, preparados e introduzidos no colo do útero (fecundação *in vivo*), sem a necessidade do uso de anestésicos.<sup>76</sup>

Essa técnica é indicada nos casos de oligospermia (baixa presença de espermatozoides no sêmen) ou azoospermia (ausência total de espermatozoides), dentre outros problemas de saúde incapacitantes, como por exemplo, a retroejaculação<sup>77</sup> ou a incompatibilidade sanguínea do casal.<sup>78</sup> “Desta forma a inseminação artificial será utilizada para designar tão-somente a introdução do sêmen na cavidade uterina podendo a partir de então ocorrer ou não a fecundação, ou seja, a fusão de óvulo e espermatozoide”.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>76</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. Campinas: Edicamp, 2003. p.28.

<sup>77</sup> Consiste no desvio do líquido seminal junto com os espermatozoides para a bexiga, eliminado posteriormente na urina.

<sup>78</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. *Op cit.* p.28.

<sup>79</sup> RAFFUL, Ana Cristina. *A Reprodução Artificial e os Direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis, 2000. p.21.

### 2.2.2 A Fertilização in vitro - FIV

Outra técnica reprodutiva de bastante destaque é a Fertilização in vitro (FIV), consistente na reprodução artificial do ambiente da trompa de Falópio, “onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero”.<sup>80</sup>

Para melhor compreensão, cumpre esclarecer que a inseminação aproxima o espermatozoide do óvulo, podendo ou não ocorrer a fusão entre eles. Fecundação, por sua vez, vem de fertilidade, de capacidade de gerar ou conceber.<sup>81</sup>

Em essência, a Fertilização in vitro é indicada para mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral<sup>82</sup>, uma vez que a fecundação é feita em laboratório, extraído-se o óvulo maduro do ovário da mulher e unido ao espermatozoide, do marido ou de terceiro (doador), sendo o óvulo fecundado transferido novamente para o útero.<sup>83</sup>

Para incrementar as chances de sucesso, é comum a implantação de mais de um embrião no útero, material genético adquirido por meio de estimulação artificial, de modo a gerar uma superovulação. Porém, tal medida pode acarretar em gravidezes múltiplas e embriões excedentes, um verdadeiro impasse para a ética e para o Direito.<sup>84</sup>

### 2.2.3 Transferência de gametas para as trompas – GIFT

No que concerne à Transferência Intratubária de Gametas (GIFT), trata-se de técnica eficaz no combate às esterilidades de razão desconhecida. Por ser uma técnica um tanto menos artificial do que a fertilização in vitro, é mais aceita pelo Vaticano, pois, assim como a FIV, começa com a estimulação da ovulação e a coleta e preparação do esperma, em seguida introduzidos por meio de um cateter e, de imediato, transferidos para uma ou para ambas as trompas. Os óvulos excedentes são fecundados in vitro e criopreservados.<sup>85</sup>

<sup>80</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.41.

<sup>81</sup> RAFFUL, Ana Cristina. *A Reprodução Artificial e os Direitos de Personalidade*. São Paulo: Themis, 2000. p.20-21.

<sup>82</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. Cit. p.41.

<sup>83</sup> RAFFUL, Ana Cristina. Op. Cit. p.40.

<sup>84</sup> Ibidem, p.40-41.

<sup>85</sup> Ibidem, p.47.

#### 2.2.4 Transferência de zigoto para as trompas – ZIFT

A técnica de Transferência de Zigoto para as Trompas (ZIFT) tem os mesmos procedimentos da técnica anterior, mas se dá em laboratório. A transferência é feita quando a célula possui dois núcleos. Em seguida, o zigoto é transferido para a trompa da mulher, sendo possível, dessa forma, fazer o controle de qualidade, verificando a fertilização e colocando embriões nos lugares certos. No mais, é indicada para os mesmos casos que a técnica anteriormente referida.<sup>86</sup>

#### 2.2.5 Fecundação in vitro com transferência embrionária – FIVET

A Fecundação in vitro com Transferência Embrionária (FIVET), por sua vez, é basicamente desenvolvida em três etapas: a) extração dos ovócitos da cavidade abdominal; b) a fecundação in vitro do óvulo e os espermatozoides, assim como as primeiras divisões celulares; c) a transferência do embrião de poucas horas para o interior do útero, para que ali ocorra a nidação, processo em que o embrião se fixa na parede do útero para continuar seu desenvolvimento.<sup>87</sup>

#### 2.2.6 Gestação Substituta

Popularmente conhecida por “barriga de aluguel”, a gestação de substituição é feita por contrato celebrado entre a mãe biológica e outra mulher, necessariamente parente consanguíneo até o quarto grau de um dos parceiros, conforme item VII, 1 da Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

A prática desta técnica consiste em gerar um bebê em um útero emprestado, seja por problema que contraindique ou impeça a gestação na doadora genética, seja em casos de união homoafetiva, conforme esclarece a Resolução nº 2.121/2015 CFM.

#### 2.2.7 Clonagem Reprodutiva

No que se refere à questão da clonagem reprodutiva, é tratada por muitos cientistas e doutrinadores como uma técnica reprodutiva por ser, basicamente, uma forma de

---

<sup>86</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. São Paulo: Edicamp, 2003. p.33.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.43-44.

reprodução assexuada que origina seres de genoma idêntico ao do organismo provedor do DNA. É, sem dúvida, a técnica mais polêmica, sendo considerada inadmissível sua prática em seres humanos.

Em teoria, é possível a partir da retirada do núcleo de uma célula somática e sua inserção em um óvulo, implantando-o em um útero, que funcionaria como uma barriga de aluguel.<sup>88</sup>

### **2.3 Bioética e Biodireito**

Diante da assustadora evolução das biotecnologias, a bioética trabalha para balizar e limitar os avanços contínuos na medida certa para o respeito dos valores humanos. Ao mesmo passo, surge o biodireito, ramo autônomo dedicado a estudar as normas relativas às ciências da vida e estabelecer critérios de decisão sobre as inovações. Inclui-se nesse propósito, portanto, o tema da procriação artificial.<sup>89</sup>

Pretende-se abordar adiante os princípios da bioética e do biodireito, bem como o seu propósito na realidade dos avanços biotecnológicos.

#### **2.3.1 Os princípios bioéticos**

Cabe à bioética o questionamento constante da prática científica, enquanto seja um corpo de enunciados morais e filosóficos. A importância da bioética é pautada na preocupação constante no eminente risco de “coisificação” do ser humano, pois a medicina é dinâmica e interfere cada dia mais na natureza humana, no intuito de aperfeiçoar o natural, intervir na criação da natureza por meio de métodos criados pelo homem.

Nesta esteira, a bioética se pauta por quatro princípios basilares, sejam eles: a autonomia, a beneficência, a não-maleficência e a justiça.

O princípio da autonomia submete à ideia de que o paciente pode recusar o tratamento oferecido, independentemente do dano que possa vir a sofrer, não obstante que deverá ser informado em detalhes do referido risco.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. São Paulo: Edicamp, 2003. p.34-37.

<sup>89</sup> SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro”*: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.47.

<sup>90</sup> ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O Fato e a Responsabilidade por Prática Biomédica: Uma Visão Ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.242-243.

A beneficência se pauta no dever que possui o médico de agir no intuito da melhora física e mental da saúde do paciente.<sup>91</sup>

A não-maleficência, por outro lado, consiste no dever que o médico tem de não agravar o estado de saúde do paciente. Nesse sentido, cabe destacar que esse princípio se rege na intenção de que o médico faça uso dos melhores recursos possíveis em favor do paciente, mesmo que a situação lhe seja desfavorável.<sup>92</sup>

O princípio da justiça, embora seja de difícil conceituação, traz a ideia da aplicação da proporcionalidade entre perdas e ganhos. Portanto, o agir ponderado do médico deve levar em consideração o melhor benefício e o mínimo prejuízo para os pacientes.<sup>93</sup>

### 2.3.2 Os princípios biojurídicos

O biodireito, por sua vez, é o conjunto de normas acerca do potencial humano e seus reflexos na vida dotadas de juridicidade, porquanto tenham sido submetidas ao crivo da ética e foram positivadas pelo legislador.<sup>94</sup>

Esse ramo autônomo do direito, intimamente atrelado à bioética, rege-se pelos seguintes princípios: a responsabilidade pela prática biomédica, a não-patenteabilidade de conhecimento sobre experimentação referente ao corpo humano, o não-aviltamento do corpo humano e, por fim, o do consentimento informado.<sup>95</sup>

Os princípios regidos pelo biodireito são expressões jurídicas dos princípios estabelecidos pela bioética. A título de exemplo, tem-se o consentimento informado como um dever correspondente ao princípio da autonomia, porquanto tenha o profissional da medicina o dever de informar detalhadamente o procedimento que propõe ao paciente em uma linguagem que possa ser compreendida pelo mesmo. O consentimento informado, portanto, é o dever do médico em assegurar que o paciente tem pleno entendimento do que significa o tratamento a que será submetido.<sup>96</sup>

A autonomia e o consentimento informado trazem a ideia existente no mundo jurídico do que seja autonomia da vontade e autonomia privada.

<sup>91</sup> ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O Fato e a Responsabilidade por Prática Biomédica: Uma Visão Ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.242-243.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.243-244.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p.242.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p.244.

Embora alguns doutrinadores considerem ambos os conceitos como equivalentes, observa-se que a autonomia da vontade é o elemento subjetivo, manifestado pelo agente na aceitação do contrato, enquanto a autonomia privada se pauta no elemento objetivo, em que o agente determina todas as tratativas do contrato a que se obriga, desta forma, esclarecendo sua vontade objetivamente.<sup>97</sup>

A não-patenteabilidade está vinculada ao direito internacional público, se tratando de princípio proibitivo da alta cobrança de patentes de remédios, o que limitaria a sua chegada aos países mais pobres. Dessa forma, a ocorrência de tal cobrança acarretaria grave dano ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>98</sup>

O não-aviltamento do corpo humano está atrelado ao direito geral de personalidade, pois se pauta na vedação da venda do corpo ou qualquer de suas partes.<sup>99</sup>

Por fim, a responsabilidade pela prática biomédica pressupõe responsabilização civil, administrativa e, em alguns casos, inclusive criminal. Nesse sentido, o profissional da saúde deve sempre observar as normas éticas e a boa conduta, de modo a assegurar o bem jurídico a que lhe foi confiado, que é também o bem mais precioso que tem o ser humano: a vida.<sup>100</sup>

#### **2.4 Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina**

Ante à omissão do Poder Legislativo, o Conselho Federal de Medicina, autarquia responsável pela regulamentação da prática médica, finalmente decidiu em sessão plenária por baixar a Resolução nº 2.121/2015, após várias resoluções acerca do tema da reprodução assistida.

O Conselho Federal de Medicina estabelece normas éticas a serem observadas pelos profissionais da medicina no uso das técnicas de reprodução assistida. Não obstante, tal normativo carece de juridicidade, havendo premente necessidade da ação do Poder Legislativo.

Tal afirmação se funda no fato de que o descumprimento de qualquer norma prevista no referido normativo, por si só, não poderá acarretar sanção penal ou civil, mas apenas na esfera administrativa.

<sup>97</sup> RATTI, Fernanda Cadavid. *Autonomia da vontade ou autonomia privada?* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>98</sup> ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O Fato e a Responsabilidade por Prática Biomédica: Uma Visão Ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.245.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> Ibidem, p.243-244.

Assim sendo, a regulamentação da temática deve passar pelo crivo do Poder Legislativo, pois todos os princípios jurídicos devem ser observados, resguardando-se todos os direitos que envolvem a questão, o que a Resolução do Conselho Federal de Medicina não tem o condão de realizar por si mesma.

#### *2.4.1 Regras éticas*

A referida Resolução nº 2.121/2015 se rege no intuito de combater a infertilidade humana como um problema de saúde, passível de implicar danos médicos e psicológicos, e no sentido de garantir a todos o acesso ao livre planejamento familiar, direito constitucionalmente protegido.

Para tanto, estabelece regras éticas no intuito de conduzir a atividade dos profissionais da área médica no tocante à procriação artificial.

Talvez a regra mais importante seja a que impõe o consentimento informado como um princípio geral, uma vez que se trata de um princípio essencial do biodireito, como já mencionado. Assim dispõe o item I, subitem 4 da Resolução:

“4 - O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”.<sup>101</sup>

É de suma importância que os interessados estejam esclarecidos acerca da filiação e do sigilo da identidade dos doadores e receptores. Portanto, tal regra é de grande valia, pois registra a intenção meramente filantrópica do doador, enquanto mero espectador do projeto parental. Em outras palavras, a autonomia do doador se guia pela vontade de ajudar a concretização de uma família. Por outro lado, quem, de fato, é responsável pela criança que será concebida são os receptores dos gametas, pois é deles a vontade procreacional. Fala-se, portanto, da ideia de autonomia da vontade, uma vez expressa no termo de consentimento,

---

<sup>101</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

bem como a ideia de autonomia existencial, vinculada à intenção do doador de não ser exposto.<sup>102</sup>

É válido ressaltar que a doação de gametas é gratuita no Brasil, conforme expõe o item IV, subitem 1 da Resolução: “1- A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.<sup>103</sup>

Mais uma vez destaca-se a intenção altruísta, pura e filantrópica do doador, uma vez que não o faz sequer para obter vantagem econômica.

Por último, convém destaque ao subitem 7 do item IV da Resolução:

“7- A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora”.<sup>104</sup>

Interessante observar que a regra pode refletir na forma como a criança se vê nos próprios pais, o que, por assim dizer, é positivo para a integração do filho na família socioafetiva.

Em sendo assim, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina já é um pontapé inicial no novo mundo da procriação artificial. Contudo, há imperiosa necessidade da ação legislativa no contexto da reprodução assistida, pois são várias as questões ainda controvertidas, como será exposto em seguida.

#### 2.4.2 *Controvérsias*

No que tange aos pontos questionáveis, insurge-se o exposto no item IV, 6 da Resolução: “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>105</sup>

É perceptível que a medida dificulta a ocorrência de que parentes biológicos venham a ter relacionamentos amorosos e, conseqüentemente, gerar descendentes com deformidades congênitas, risco reconhecido pela medicina moderna. Não obstante, diminuir a

<sup>102</sup> ROCHA, R. S. *Autonomia Privada e Direitos da Personalidade*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 145-158, abr. 2011.

<sup>103</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> *Ibidem*.



probabilidade não significa pulverizar o risco, principalmente ao considerar a possibilidade de que essa forma de procriação se popularize.

Tais situações, embora remotas, acontecem. A título de exemplo, cita-se o caso de uma mulher de 40 anos, que ao reencontrar a mãe após 39 anos, descobre que se casou com seu próprio irmão. Felizmente e contra todas as chances, a filha do casal aparentemente não apresenta anomalias congênitas.<sup>106</sup>

Outro ponto de fundamental importância é o exposto no item IV, subitens 2 e 4:

“2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.  
4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)”.<sup>107</sup>

Inferese do dispositivo que o indivíduo concebido de uma técnica de procriação artificial com material genético de terceiro não tem direito de conhecer a sua origem biológica.

Por outro lado, é um impasse a ser resolvido pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois “a doação de material genético é atividade que assenta no sigilo sobre a identidade do doador. A convicção no anonimato é premissa essencial para muitos indivíduos que se dispõem a praticar o gesto altruísta”.<sup>108</sup>

Resta óbvio que o doador tem o direito ao sigilo, pois da sua vontade é que derivam os bancos de gametas, ou seja, o anonimato é condição imprescindível para a existência dos bancos. Caso haja quebra do anonimato, os bancos de gametas, instituições essenciais na promoção do planejamento familiar como direito fundamental, correrão risco de extinção.

Nesse ínterim, o impasse surge em razão da discussão existente acerca da possibilidade de se revelar a identidade do doador, seja para formação integral da identidade daquele que é concebido ou para salvaguardar a vida ou a saúde do mesmo.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> MULHER reencontra a mãe e descobre que se casou com o próprio irmão. *Correio 24 horas*, 05 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/brasil/noticia/mulher-reencontra-a-mae-e-descobre-que-se-casou-com-o-proprio-irmao/?cHash=97550891b20c9cfba102e1bab943b91b>>. Acesso em: 17 set. 2016.

<sup>107</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>108</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p.177.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 176-177.

Neste último, verifica-se o entrave do debate, pois trata-se de situação especialíssima que impõe a revelação da identidade do doador como medida emergencial e necessária em virtude do direito à vida.

Ainda que haja a possibilidade de informações serem fornecidas aos médicos, há casos em que a revelação da identidade será necessária, conforme afirma Anderson Schreiber: “Há situações, entretanto, em que a identificação do pai biológico pode auxiliar ou mesmo se revelar determinante no tratamento de enfermidade grave ou até fatal que acometa o filho”.<sup>110</sup>

Não obstante, como titular do direito à identidade genética, o indivíduo concebido da procriação artificial deve conhecer seus dados genéticos, pois integram sua personalidade.<sup>111</sup>

É, portanto, necessária detida análise para resolver o conflito deixado em aberto pela regra estabelecida pela autarquia médica.

## ***2.5 Breve análise dos Projetos de Lei sobre reprodução assistida***

Embora não haja previsão legal acerca da reprodução assistida, o Poder Legislativo tem vários projetos de Lei em tramitação que propõem a regulamentação da questão no país. Portanto, convém abordar os principais para visualizar projeções futuras da legislação brasileira no que tange ao tema da reprodução assistida e a colisão aparente entre o direito à identidade daquele concebido de técnica heteróloga de reprodução artificial e o direito ao anonimato do doador de gametas.

### ***2.5.1 Projeto de Lei nº 1.184/2003***

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 1.184/2003 dispõe em seu artigo 9º, §§1º e 2º, que basta haver manifestação de vontade livre, consciente e esclarecida daquele que nasceu da reprodução assistida para ver conhecida sua paternidade/maternidade natural, devendo o serviço de saúde fornecer as informações solicitadas, mantendo o devido sigilo profissional e o sigilo de justiça.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p.177.

<sup>111</sup> SALES, Gabrielle Bezerra; MELO, Vanessa Gonçalves. *O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família*. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>>. Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>112</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.184/2003*. Define normas para realização de inseminação artificial e fertilização "in vitro"; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os

### 2.5.2 Projeto de Lei nº 2.061/2003

Em primeira mão, é interessante notar que dos cinco projetos de Lei que dispõem sobre a proteção do anonimato do doador de gameta e embriões, apenas um deles se manifestou pela sua proteção absoluta, prevendo apenas a ressalva de motivação médica, em que as informações sobre doador e receptor poderão ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando, dessa forma, a identidade civil de ambos. Trata-se do Projeto de Lei nº 2.061/2003, de autoria da Deputada Maninha, que traz texto bastante similar ao da Resolução do Conselho Federal de Medicina.<sup>113</sup>

### 2.5.3 Projeto de Lei nº 4.686/2004

O Projeto de Lei nº 4.686/2004 tem por objeto inserir o artigo 1597-A a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), que assegura o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, baseando-se na justificativa de que não há porque negar esse conhecimento se a ciência se demonstra tão capaz de assegurar tal direito, permitindo uma vida plena ao indivíduo que será filho dos pais socioafetivos, mas também terá consciência de sua origem, trazendo paz a sua própria psique humana e esclarecendo suas dúvidas mais íntimas acerca de si mesmo. Além disso, o referido projeto de Lei ressalta que o vínculo paterno-filial e o pátrio poder são dos pais civis, portanto, o dispositivo confere ao indivíduo o conhecimento de sua origem apenas em atenção à sua dignidade humana e ao seu direito à identidade e ancestralidade, pois os direitos inerentes à filiação constituem deveres do pai e da mãe, no sentido jurídico do termo, para com seus filhos.<sup>114</sup>

---

experimentos de clonagem radical. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003)>. Acesso em: 28 jun. 2015.

<sup>113</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.061/2003*. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003)>. Acesso em: 28 jun. 2015.

<sup>114</sup> Idem. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.686/2004*. Introduce 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:

<[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)>. Acesso em: 28 jun. 2015.

#### 2.5.4 Projeto de Lei nº 115/2015

Com idêntica redação, tanto o Projeto de Lei nº 115/2015 quanto o Projeto de Lei nº 4892/2012 (apenso ao Projeto de Lei nº 115/2015), expressam, de mesma forma, no artigo 19, caput e parágrafo único, que por expressa autorização judicial, será garantido ao filho nascido de material genético de doador o conhecimento de sua origem biológica, quando para garantir a preservação de sua vida, manter sua saúde física ou higidez psicológica ou outros casos considerados graves, que deverão ser analisados à critério do juiz. De mesma forma, o mesmo direito é assegurado ao doador.<sup>115 116</sup>

---

<sup>115</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *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](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015)>. Acesso em: 28 jun. 2015.

<sup>116</sup> Idem. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.892/2012*. 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](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012)>. Acesso em: 28 jun. 2015.

### 3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À IDENTIDADE E O DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Atualmente, percebe-se que o mundo passa por um período de transformações, as quais ocorrem de forma tão dinâmica que o Direito, no que tange ao seu papel regulamentador, entra em descompasso com a realidade. Outrossim, há a norma abstrata que ampara interesses que podem vir a colidir, conforme assevera o Ministro Luís Roberto Barroso:

“A consagração em um mesmo texto de opções e interesses políticos diversos, e até mesmo de direitos que em vários de seus desenvolvimentos poderão se chocar reciprocamente, exigirá do intérprete um esforço todo especial – e também técnicas próprias – a fim de preservar cada uma das normas envolvidas, definir-lhes os contornos e manter a unidade da Constituição.”<sup>117</sup>

Nesse sentido, o Poder Judiciário deve se valer da técnica de ponderação quando as fórmulas hermenêuticas tradicionais se revelarem insuficientes.<sup>118</sup>

A ponderação é uma técnica de decisão para casos difíceis (“hard cases”), usada quando o raciocínio da subsunção não é adequado, ou seja, quando a solução não decorre da simples aplicação da norma ao caso concreto.<sup>119</sup>

Tal raciocínio não se aplica porque, ao se tratar de normas constitucionais, não é admissível resguardar uma norma e sacrificar outra, em razão do princípio da unicidade, que dita que todas as disposições constitucionais são iguais em hierarquia e, por consequência, são interpretadas de forma harmônica.<sup>120</sup>

Desta maneira, a ponderação é aplicável, na medida em que objetiva solucionar conflitos normativos da forma menos danosa ao sistema como um todo, sem que nenhuma norma seja sacrificada, conforme assevera Ana Paula de Barcellos:

“O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto apud BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 51.

<sup>118</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>120</sup> Ibidem.

delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.”<sup>121</sup>

Portanto, conforme destaca Ricardo Lobo Torres, a doutrina já concorda que a solução dos chamados casos difíceis exige a aplicação da ponderação:

“A doutrina em geral está de acordo que a solução para casos como esses não passa por uma subsunção simples, mas por um raciocínio – ainda misterioso e pouco estudado – pelo qual se atribuem pesos aos elementos em conflito para, ao fim, decidir por um deles ou ao menos decidir pela aplicação preponderante de um deles.”<sup>122</sup>

De acordo com Ana Paula de Barcellos, é possível descrever a técnica de ponderação em um processo de três etapas. Primeiramente, identifica-se os comandos normativos em conflito ou os interesses opostos, desde que reconduzidos a normas jurídicas.<sup>123</sup>

Por conseguinte, é necessário examinar as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões sobre a norma, conforme leciona Daniel Sarmento: “Na segunda fase, cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades”.<sup>124</sup>

Na terceira etapa, ao examinar as normas e a repercussão dos fatos sobre elas, apura-se os pesos, definindo-se, desta forma, qual norma deverá prevalecer e, conseqüentemente, com que intensidade deverá prevalecer em detrimento das demais normas.<sup>125</sup>

O escopo do presente capítulo é precisamente evidenciar a colisão de direitos fundamentais e, analisando as circunstâncias de cada caso, demonstrar qual direito deverá prevalecer: o anonimato do doador de gametas ou o conhecimento da origem genética daquele concebido por técnica de reprodução assistida heteróloga.

---

<sup>121</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57.

<sup>122</sup> TORRES, Ricardo Lobo apud BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.

<sup>123</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). Op cit. p. 57.

<sup>124</sup> SARMENTO, Daniel apud BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58.

<sup>125</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). Op cit. p. 58.

### 3.1 Os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana

Conforme ensina Elimar Szaniawski, personalidade engloba o “conjunto de características do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana”<sup>126</sup>. Portanto, “a proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos de personalidade.”<sup>127</sup>

Em um passado não tão distante, a categoria dos direitos de personalidade encontrou bastante resistência por parte dos estudiosos, em especial pelo fato de ter como objeto o próprio sujeito, pois a personalidade consiste na capacidade de ter direitos e, portanto, seria ilógico dizer que a personalidade é objeto de um direito.<sup>128</sup>

Entretanto, De Cupis admite os direitos de personalidade como uma categoria de direitos subjetivos, afirmando que “deveriam ser chamados direitos de personalidade, todos os direitos que têm por objetivo dar conteúdo à personalidade”.<sup>129</sup>

Ademais, assevera Castan Tobeñas que os direitos de personalidade são qualificados como direitos subjetivos “quando o ordenamento jurídico positivo lhes determina a atribuição de um poder jurídico a um titular frente a outras pessoas, colocado à sua livre disposição e tutelado por uma ação judicial.”<sup>130</sup>

Observa-se, portanto, que não se nega a existência dos direitos de personalidade, enquanto bens vulneráveis que exigem a tutela do Estado, que pode ser buscada pelo seu titular. Nesse sentido, Patrícia de Almeida Torres entende os direitos de personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem como as suas emanações e prolongamentos.”<sup>131</sup>

Sendo assim, o sentido de personalidade pode ser enxergado sob dois aspectos distintos. Em primeira mão, sob o aspecto subjetivo, como a capacidade de ter direitos e obrigações. Por conseguinte, sob o aspecto objetivo, como conjunto de características e atributos da pessoa humana, protegida pelo ordenamento jurídico. É o aspecto objetivo que trata dos direitos de personalidade.<sup>132</sup>

<sup>126</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

<sup>129</sup> DE CUPIS, Adriano apud SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42.

<sup>130</sup> TOBEÑAS, Castan apud SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 43.

<sup>131</sup> TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr, 1998, p. 11.

<sup>132</sup> TEPEDINO, GUSTAVO apud SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p.6.

Com o passar do tempo, após as recentes atrocidades ocorridas, como por exemplo, as duas guerras mundiais, o mundo se sensibilizou por uma mudança de valores. Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e, em seguida, houve a promulgação da Constituição Federal no Brasil em 1988.<sup>133</sup>

A Constituição brasileira tem como seu princípio maior a dignidade da pessoa humana, já prevista em seu artigo 1º:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III - a dignidade da pessoa humana.”<sup>134</sup>

Tem-se por dignidade humana uma qualidade inerente a todos os seres humanos, o que, se retirado, reduziria a pessoa à condição de objeto. A incorporação da dignidade humana ao ordenamento jurídico, portanto, é proteger a condição humana em todos os seus aspectos e manifestações.<sup>135</sup>

A dignidade humana como princípio norteador da Constituição Federal trouxe à tona o vigor que carecia a categoria dos direitos da personalidade, até então apagados no ordenamento jurídico. Assim aduz Anderson Schreiber:

“As velhas divergências em torno da categoria dogmática perderam muito de sua importância quando os direitos de personalidade passaram a ser reexaminados com um olhar destinado a extrair suas diferentes potencialidades práticas. No conjunto (embora sempre aberto e mutável) de atributos essenciais que integram a dignidade humana, os juristas souberam enxergar a oportunidade de melhor compreender seu conteúdo, identificar as forças que a ameaçam em cada época e construir os modos mais eficientes de protegê-la, não apenas frente ao Estado, mas também e sobretudo nas relações entre os próprios particulares.”<sup>136</sup>

Posteriormente, os direitos de personalidade ganham previsão legal, mais precisamente na chegada do Código Civil de 2002, do artigo 11 ao 21.<sup>137</sup> Daí percebe-se que os direitos previstos na legislação civil, como por exemplo, imagem, honra e privacidade,

<sup>133</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p.6-7.

<sup>134</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

<sup>135</sup> SCHREIBER, Anderson. Op cit. p. 8.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>137</sup> BRASIL. Código Civil brasileiro. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 jun 2015.



também são previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Ademais, por se tratar de direitos inerentes à própria pessoa humana, mesmo os direitos de personalidade que não possuem previsão expressa no texto constitucional são referidos como consectários da dignidade humana, protegida no artigo 1º, III da Constituição. Assim sendo, os direitos de personalidade são direitos fundamentais, embora nem todo direito fundamental seja um direito de personalidade.<sup>138</sup>

Apenas a título de esclarecimento, direitos fundamentais são direitos positivados numa constituição de um determinado Estado, conforme explica Edilsom Pereira de Farias.<sup>139</sup>

Direitos de personalidade, por sua vez, são “atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.”<sup>140</sup>

Portanto, justifica-se a afirmação de que todo direito de personalidade é um direito fundamental, mas nem todo direito fundamental é um direito de personalidade. Entretanto, o valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana.<sup>141</sup>

Nesta linha de raciocínio, conclui-se que a técnica de ponderação é a mais adequada para solucionar os casos em que haja colisão entre direitos de personalidade, uma vez que, tratados como direitos fundamentais, não é permitido excluir um deles em detrimento do outro, como nos casos de reprodução assistida heteróloga, em que há a possibilidade de colisão entre o direito de identidade genética e o direito ao anonimato.

Aliás, é esse o entendimento expresso no Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil:

“Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”<sup>142</sup>

Já que se aplica a técnica da ponderação, o que determinará qual direito deverá prevalecer são as circunstâncias do caso concreto, conforme já retratado.

<sup>138</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

<sup>139</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de apud SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

<sup>140</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 05 de abr. 2016.

### 3.1.1 O direito de identidade do indivíduo concebido por técnica de reprodução assistida heteróloga

Por força da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana consagrada no artigo 1º, III da Constituição Federal, os direitos de personalidade, mesmo os que não estão previstos expressamente, merecem proteção<sup>143</sup>. Assim afirma a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, §2º:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”<sup>144</sup>

Portanto, entende-se que o rol dos direitos de personalidade elencados no Código Civil é meramente exemplificativo, o que nos remete a ideia de que as demais manifestações da personalidade humana merecem ser apreciadas e tuteladas, por força da dignidade da pessoa humana.<sup>145</sup>

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe em seu artigo 48:

“Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.”<sup>146</sup>

Ora, está claro que o legislador conferiu ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, o que deveria ser igualmente permitido a quem foi concebido por técnica de procriação assistida heteróloga, pois a Constituição Federal determina a isonomia entre todas as formas de filiação, sem qualquer distinção:

<sup>143</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

<sup>144</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

<sup>145</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op cit.* p. 14-16.

<sup>146</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 maio 2015.

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”<sup>147</sup>

Portanto, resta claro que o conhecimento da origem genética é um direito de qualquer pessoa, pois se trata, conforme ensina Belmiro Pedro Welter, de um direito constitucional à busca da ancestralidade, da própria identidade biológica e pessoal, parte integrante da entidade humana e, portanto, um direito constitucional de cidadania e de dignidade da pessoa humana.<sup>148</sup>

Nota-se que o direito à origem genética nada tem a ver com o estado de filiação, pois o primeiro tem natureza de direito da personalidade, que é inerente à própria pessoa humana, e o segundo tem natureza de direito de família, enquanto decorrência do vínculo paterno-filial, que estabelece a relação jurídica entre pai e filho.<sup>149</sup>

Para Paulo Luiz Netto Lobo, é desnecessária a investigação de paternidade para fins de tutela do direito à identidade genética, uma vez que seu objeto “é assegurar direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida.”<sup>150</sup>

Assim sendo, não se confunde o direito de personalidade à identidade genética com o direito à filiação, seja este genético ou não, pois a tutela da identidade genética é exigida, principalmente, em face da necessidade de medidas preventivas contra a propensão a doenças de caráter essencialmente hereditário, enquanto a filiação é derivada dos laços afetivos formados pela convivência entre pais e filhos, independente da consanguinidade.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

<sup>148</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178.

<sup>149</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 523.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 524.

<sup>151</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts. 1591 a 1693*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 55.

Daí se distingue a figura do pai da figura do genitor. Pai é aquele que cria, estabelece vínculo de afeto pela convivência e transmite valores, enquanto genitor é quem simplesmente gera. Atualmente, no entanto, não mais prevalece o determinismo biológico da figura paterna e esses dois conceitos agora se separam.<sup>152</sup> Nesse sentido, vindicar a origem genética diverge de investigar a paternidade, uma vez que a paternidade, enquanto direito de família, derivado da relação entre pais e filhos, gera efeitos jurídicos amplos. Por outro lado, a busca da origem genética é motivada para fins de direito de personalidade, conforme bem aponta Paulo Luiz Netto Lobo:

“O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim.”<sup>153</sup>

Sendo assim, identidade genética nada tem a ver com o estado de filiação, porquanto tenham finalidades e naturezas distintas.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos assim prevê em seu artigo 3º:

“Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade”.<sup>154</sup>

Infere-se que a identidade genética é espécie do gênero identidade pessoal, cujo sentido amplo se traduz nos fatores sociais e culturais vivenciados.

<sup>152</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 524.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 525.

<sup>154</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos*. Disponível em: <[http://www.unescobkk.org/fileadmin/user\\_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf](http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2016.

O Supremo Tribunal Federal já entende o direito à idade como consectário da própria dignidade humana, consistente na busca da ancestralidade e, portanto, do conhecimento da origem genética.<sup>155</sup>

Todavia, o doutrinador Belmiro Pedro Welter entende que o filho afetivo tem o direito de investigar sua paternidade biológica, mas com efeitos restritos:

“Entretanto, se estabelecida a paternidade afetiva, a investigatória de paternidade e de maternidade não abrangerá todos os efeitos jurídicos, mas, apenas: a) em caso de necessidade psicológica para conhecer (ser) a origem genética; b) para preservar os impedimentos matrimoniais; c) para garantir a vida e a saúde do filho e dos pais biológicos, em caso de grave doença genética, pelo que, nestas três hipóteses, não haverá a declaração do estado de filho, os efeitos de parentesco, alimentos, nome, herança ou poder familiar (pátrio poder), porquanto esses direitos já são ostentados pelo filho sociológico.”<sup>156</sup>

Percebe-se que a existência de filiação não biológica, fundada na convivência familiar duradoura e na relação jurídica de afeto, transpassa o vínculo de sangue. Em outras palavras, a investigação da origem biológica tem como premissa a atribuição da maternidade ou da paternidade, mas não tem o condão de contrapor o estado de filiação preexistente e já consolidado no vínculo socioafetivo, pois este atende melhor à primazia dos interesses do filho e, portanto, tutela melhor a dignidade da pessoa humana.<sup>157</sup>

### 3.1.2 O anonimato do doador de gametas

De acordo com a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, o anonimato dos doadores e receptores de gametas deve ser preservado, resguardando-se a identidade civil do doador sob quaisquer circunstâncias.

A regra estabelecida para regulamentar a prática médica encontra respaldo jurídico no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>155</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário nº 248869*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>>. Acesso em: 18 set. 2016.

<sup>156</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181.

<sup>157</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 527-528.

[...]

X - 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”.<sup>158</sup>

O direito à intimidade traduz a ideia de liberdade como autonomia individual, pois, nas palavras de John Stuart Mill, “os únicos aspectos da conduta humana que demandavam deveres e responsabilidades sociais, eram aqueles que afetavam os demais”, uma vez que o indivíduo é soberano sobre si mesmo.<sup>159</sup>

Diante das ingerências corriqueiramente praticadas na vida familiar e privada dos cidadãos norte-americanos, os advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis formulam um ensaio chamado “The Right to Privacy” na revista Harvard Law Review que se tornara referência no que foi denominado The Right of an individual to live a life of reclusion and anonymity ou The Right to be let alone em 1890.<sup>160</sup>

Neste primeiro momento, o direito à privacidade assume o significado de proteção à vida íntima, familiar e pessoal de cada indivíduo, marcada por um dever geral de abstenção, ou seja, de afastar a interferência alheia sobre a vida particular de cada ser humano.<sup>161</sup>

O Ensaio Warren-Brandeis sobre o “Direito de ser deixado em paz” iniciou uma discussão cada vez mais relevante, pois o desenvolvimento tecnológico e o intercâmbio constante de informações é a realidade dos dias atuais, o que requer pensamento crítico para rever os conceitos de intimidade e privacidade.<sup>162</sup>

A necessidade de proteção da privacidade alcança a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.<sup>163</sup>

A criação de um conceito universal de privacidade é um desafio intenso, especialmente por tratar-se de um direito que possui várias nuances. Tal dificuldade é perceptível no direito brasileiro ao se deparar com referências sobre o direito à intimidade e à

<sup>158</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

<sup>159</sup> MILL, J. Stuart apud AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 80.

<sup>160</sup> Ibidem, p.80-81.

<sup>161</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2016.

vida privada indistintamente, ao mesmo passo em que a doutrina busca distinguir os dois termos.

Muitas são as teorias que buscam separar os universos da esfera privada, dentre elas a Teoria Alemã das Esferas da Personalidade.

Conforme a teoria das esferas (Sphärentheorie), o homem se realiza pelo exercício de dois papéis distintos: o indivíduo e o ser social.<sup>164</sup>

Em relação à proteção da vida privada, a jurisprudência alemã se edifica na teoria das esferas, cujo nome se dá pela classificação da personalidade humana em três círculos concêntricos: a) a intimsphäre; b) a geheimnisphäre; e c) a privatsphäre.<sup>165</sup>

A esfera íntima (intimsphäre) constitui o âmbito da vida privada em que o ser humano pode exigir proteção em grau absoluto, desta forma afastando toda a coletividade, em virtude de tratar-se do que há de mais secreto acerca de sua existência.<sup>166</sup>

Por conseguinte, a esfera secreta (geheimnisphäre) admite as pessoas que participam da vida cotidiana do indivíduo e dele conhecem determinados segredos, afastando somente a coletividade em geral.<sup>167</sup>

Por sua vez, a esfera privada é a esfera mais ampla e compõem-se de atos, notícias, manifestações de comportamento e acontecimentos sobre a vida do indivíduo que se quer que não sejam de conhecimento público.<sup>168</sup>

Enquanto na esfera secreta encontram-se os familiares e pessoas mais íntimas do indivíduo, que participam de sua vida e conhecem alguns de seus segredos, na esfera privada há mais pessoas que conhecem sua privacidade, sem contanto obrigatoriamente partilhar do seu cotidiano. Sendo assim, a esfera mais externa exclui a coletividade que não tem qualquer ligação com o indivíduo.<sup>169</sup>

Vale relembrar que o direito à privacidade surge como um exercício de autonomia individual da qual se vale o titular para viver sem muitas interferências de terceiros. No entanto, bem aponta Elimar Szaniawski: “Apenas os que propositadamente lançam a público aspectos de sua vida privada, de sua imagem ou de sua voz, não poderão buscar a proteção da observação alheia.”<sup>170</sup>

<sup>164</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 102.

<sup>165</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 176-178.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 178.

<sup>168</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *Op cit.* p. 102.

<sup>169</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Op cit.* p. 178-179.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 176.

Também assinala Vânia Siciliano Aieta que o indivíduo possui autonomia em relação as esferas de sua personalidade:

“Também é importante se ter em conta que as distintas esferas concêntricas podem se COMUNICAR de forma a construírem, por diversas vezes, uma espiral, em que, por intermédio de CONSENTIMENTO DO TITULAR, os componentes de uma zona poderiam passar para outra.”<sup>171</sup>

Nesta linha de raciocínio, é necessário esclarecer o conceito de autonomia. Assim aduz Rafael da Silva Rocha:

“Autonomia é um conceito de matriz kantiana que significa autodeterminação. Etimologicamente, vem do grego: autos (“eu mesmo”, “si mesmo”) e nomos (“lei, norma, regra”). Quem tem o poder de estabelecer a sua própria lei moral é autônomo e goza de autonomia ou liberdade.”<sup>172</sup>

Assim como há o exercício da autonomia privada de natureza patrimonial nos negócios jurídicos, há também nas relações jurídicas o poder de autodeterminação sobre atributos da personalidade humana:

“Toda manifestação de vontade que se destina a produzir efeitos jurídicos, livremente assumidos, necessariamente criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica sobre algum aspecto da personalidade humana, seria um ato de autonomia privada existencial.”<sup>173</sup>

Por autonomia privada existencial entende-se que o indivíduo tem a liberdade para decidir questões acerca de sua própria existência com fundamento na dignidade da pessoa humana, pois aquele que é privado de reger sua existência por suas próprias escolhas não consegue desenvolver sua personalidade e é reduzido à condição de objeto.<sup>174</sup>

Não obstante, o artigo 11 do Código Civil impõe aos direitos de personalidade o caráter de irrenunciabilidade e intransmissibilidade, aferindo para tanto que o seu exercício não deve sofrer limitação voluntária.<sup>175</sup>

Contudo, observa-se que a norma não deve ser absoluta em razão da autonomia individual. Nesse sentido, esclarece o Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil do

<sup>171</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 106.

<sup>172</sup> ROCHA, R. S. *Autonomia Privada e Direitos da Personalidade*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 145-158, abr. 2011.

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> BRASIL. Código Civil brasileiro. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 15 set. 2016.



Conselho da Justiça Federal: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”<sup>176</sup>

Portanto, o indivíduo possui algumas faculdades próprias, mas não pode dispor do direito propriamente dito nem dispor dele de forma definitiva.

Após a publicação do Right to Privacy de Warren e Brandeis nos Estados Unidos, o Professor William Prosser, decano da Universidade da Califórnia, desenvolveu uma espécie de privacy com base no common law que denominou Tort Privacy.<sup>177</sup>

Segundo Prosser, a invasão da privacidade pode ser tipificada em quatro categorias: “a) invasão do retiro, da solitude ou em assuntos privados; b) revelação de fatos embaraçosos, de natureza íntima; c) exposição de uma pessoa aos olhos do público sob uma “falsa luz”; e d) apropriação desautorizada de algum traço da personalidade de alguém.”<sup>178</sup>

Conforme o Professor Bloustein, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, a teoria de Prosser é precária, uma vez que não comporta um espectro amplo e genérico de violações da privacidade, justamente em razão da sua divisão em categorias. Todavia, muito embora toda enumeração casuística padeça de omissão, a teoria do single tort de Bloustein, em que há apenas uma espécie de invasão da intimidade, um dano único, uma forma de lesar a dignidade humana, que por sua vez se manifestaria por diferentes meios, revela-se também incompleta em termos de eficácia.<sup>179</sup>

Tendo em vista que não há uma teoria que solucione toda a casuística gerada pelas diversas formas de ingerências praticadas contra a intimidade, mais vale se atentar para os meios mais comuns de invasão da privacidade.

Em relação a Sphärentheorie, entende-se o direito ao segredo como o último desdobramento da intimidade, ou seja, aquele que reclama maior proteção contra a indiscrição.<sup>180</sup> Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, o direito ao segredo “abarca a proteção a elementos guardados no recôndito da consciência, na defesa de interesses pessoais, documentais, profissionais ou comerciais”.<sup>181</sup>

<sup>176</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 14 de set. 2016.

<sup>177</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 166.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 120.

<sup>180</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 133.

<sup>181</sup> BITTAR, Carlos Alberto apud AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 121.

Portanto, o direito ao segredo se refere a fatos mais específicos e reservados, que por sua natureza acabam confinados na consciência do indivíduo em razão de seu caráter confidencial ou personalíssimo ou até mesmo em razão de sigilo profissional ou comercial.<sup>182</sup>

De acordo com Elimar Szaniawski, os estudiosos do tema classificam o direito ao segredo em três: direito ao segredo das comunicações, direito ao segredo doméstico e direito ao segredo profissional.<sup>183</sup>

O segredo das comunicações é amparado no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.<sup>184</sup>

O direito ao segredo das comunicações tem como objetivo a manutenção do sigilo das comunicações em geral e abrange o segredo epistolar, telefônico e telegráfico.<sup>185</sup>

O conteúdo de uma carta ou de uma ligação telefônica tem caráter pessoal e confidencial, pois representa a revelação de sentimentos, opiniões, desejos, anseios e expectativas compartilhados entre duas pessoas. Sendo assim, tal forma de comunicação age como instrumento de revelação de vários aspectos pessoais da vida privada de mais de duas pessoas, o que torna imprescindível evitar a intromissão de curiosos e terceiros de má fé.<sup>186</sup>

No que concerne ao segredo doméstico e familiar, também há amparo constitucional no artigo 5º: “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.<sup>187</sup>

Por óbvio, ninguém deve adentrar a morada de quem não concedeu permissão. Contudo, o segredo doméstico é mais amplo, conforme aduz Elimar Szaniawski:

“A entrada em casa alheia poderá se dar de forma lícita, a convite de seu morador. Porém estará violando o direito ao segredo doméstico o indivíduo que tenha penetrado na moradia lícitamente mas se conserve nas suas

<sup>182</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 122.

<sup>183</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 133.

<sup>184</sup> BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>185</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 133.

<sup>186</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 124.

<sup>187</sup> BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

dependências (interior da casa, no jardim, quintal, garagem etc.), além da vontade do titular do direito, contrariando o desejo do dono da casa”.<sup>188</sup>

Além disso, assevera que esse direito é uma espécie de direito ao segredo pessoal, pois é extensivo ao estabelecimento profissional, escritórios e quartos alugados, em virtude de a habitação destacar atitudes e comportamentos da vida cotidiana do indivíduo que ali reside ou trabalha. Desta forma, pode-se, por assim dizer, se tratar de um direito ao sigilo domiciliar.<sup>189</sup>

Portanto, o direito ao segredo doméstico consiste na proteção de dados da vida pessoal e familiar de quem não tem anuência dos habitantes daquele lugar.<sup>190</sup>

A respeito do tema, Vânia Siciliano Aieta faz referência ao segredo doméstico como direito ao isolamento doméstico:

“É no ambiente doméstico, junto à família mais próxima, que o indivíduo se recolhe para cuidar de seus assuntos mais reservados, para que estejam distantes dos olhares censores e de controle. A necessidade de isolamento doméstico representa uma demanda de todo e qualquer indivíduo, pois todos clamam pelo chamado “santuário do lar”. ”<sup>191</sup>

Nesse sentido, o direito ao isolamento doméstico nada mais é do que o direito de estar só ou o direito de ser deixado em paz descrito no Right to Privacy de Warren e Brandeis. Vale destacar que o direito ao segredo doméstico e familiar adquiriu grande relevância com o fluir do tempo, pois a rotina desgastante dos tempos atuais valoriza a ideia do lar como o refúgio seguro de paz, blindado contra intromissões de terceiros.<sup>192</sup>

Por fim, ao se falar em direito ao segredo profissional ou direito ao sigilo profissional significa dizer que é imposto a quem exerce profissão regulamentada um dever de abstenção em virtude do recebimento de informações privilegiadas sobre outras pessoas, ou seja, as pessoas revelam informações pessoais ao profissional sob a garantia do silêncio.<sup>193</sup>

Importa dizer que o titular do direito é quem teve necessidade de revelar algum segredo de sua esfera íntima para um profissional justamente porque necessitava de seus

<sup>188</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 137.

<sup>189</sup> Ibidem.

<sup>190</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 127.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 131.

serviços. Por sua vez, é exigido do profissional o dever de guardar segredo alheio, pois dele se espera uma postura silente e fiel no tocante ao que lhe foi confiado.<sup>194</sup>

Em sendo assim, pode-se dizer que a obrigatoriedade do segredo profissional é estabelecida legalmente em decorrência de um interesse social legítimo, qual seja a necessidade de garantir uma relação de confiança entre uma classe de profissionais e uma coletividade.<sup>195</sup>

Nesse sentido, caso o sigilo profissional seja violado, não somente acarretaria na lesão da confiança da vítima como também na lesão do direito à intimidade, pois o dever de resguardo do profissional se dá pelo caráter confidencial da informação recebida.<sup>196</sup>

Nesses casos o profissional responde não só no âmbito civil, mas também criminalmente: “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.”<sup>197</sup>

Para melhor ilustrar, vale destacar dentre os muitos profissionais o advogado, cuja atividade lhe dá acesso a informações confidenciais de seus clientes. Portanto, este profissional deverá zelar pelo segredo das informações do cliente, abstendo-se de divulgá-las sem o consentimento do titular.<sup>198</sup> Nesse sentido é o artigo 34, VII do Estatuto da OAB: “Art. 34. Constitui infração disciplinar: VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional”.<sup>199</sup>

É importante também destacar os profissionais da medicina, uma vez que os pacientes revelam aos médicos aspectos de sua intimidade que jamais revelariam, mesmo que para pessoas bem próximas. Nesse diapasão, a exigibilidade do sigilo médico é medida impositiva, pois a confiança entre médico e paciente é de suma importância.<sup>200</sup> Assim dispõe o Código de Ética Médica:

“É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

[...]

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de

<sup>194</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140.

<sup>195</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 132.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> BRASIL. Código Penal brasileiro. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>198</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *Op cit.* p. 133.

<sup>199</sup> BRASIL. Estatuto da Advocacia e da OAB. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>200</sup> AIETA, Vânia Siciliano. *Op cit.* p. 134.

conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.”<sup>201</sup>

Percebe-se quão diversos são os desdobramentos da personalidade humana e do denominado direito à intimidade e à vida privada, principalmente pelo fato de seu significado ainda ser passível de ampliação devido às transformações do mundo moderno.

Acerca da evolução do direito à privacidade, ensina Anderson Schreiber:

“O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais.”<sup>202</sup>

A privacidade ganha um novo contorno nos dias atuais, passando a tutelar os dados pessoais do indivíduo. Tornou-se um direito ao controle dos próprios dados, desde a coleta até a sua utilização.<sup>203</sup>

No tocante à proteção dos dados pessoais, pode-se falar em duas dimensões distintas: a dimensão procedimental da privacidade e a dimensão substancial da privacidade.<sup>204</sup>

A dimensão procedimental trata da coleta de dados. Em uma primeira mão, a coleta de informações pessoais só pode ser permitida com o consentimento do titular, caso contrário configura-se uma coleta clandestina, caracterizando, desta forma, uma invasão de privacidade.<sup>205</sup>

Contudo, o fornecimento de informações pessoais é algo inevitável, porque é exigido para as coisas mais triviais, como por exemplo, fazer o check-in em um hotel ou abrir uma conta corrente. Tendo este fato em vista, a dimensão procedimental da privacidade não

<sup>201</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocódigo/integra.asp>>. Acesso em: 14 set. 2016.

<sup>202</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 136-137.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>205</sup> Ibidem.

se restringe à obtenção indevida de dados, mas abrange o princípio da especificação dos propósitos ou também chamado de princípio da finalidade.<sup>206</sup>

O referido princípio exprime “que o propósito da coleta de dados pessoais seja sempre informado ao titular dos dados, vedando-se qualquer utilização para finalidade diversa da declarada”<sup>207</sup>. Portanto, a presunção é de que o titular fornece seus dados pessoais apenas para aquela determinada finalidade naquele dado momento.

Preocupado com o abuso de informações coletadas, Anderson Schreiber ressalta a importância de uma proteção ampla e rigorosa dos dados pessoais, de forma que garanta a incolumidade do direito à privacidade:

“Daí a importância de uma tutela abrangente da privacidade, que não se limite a controlar a coleta de dados pessoais, mas que se estenda por todas as fases do processo informativo, impondo uma verificação séria de autenticidade dos dados fornecidos, seu armazenamento seguro, a verificação periódica de sua atualidade, sua utilização limitada à finalidade específica para a qual os dados foram fornecidos, sua destruição quando cumprida a aludida finalidade, o permanente acesso do titular aos dados coletados para fins de conhecimento ou correção, e assim por diante. São procedimentos impostos pelo direito à privacidade”<sup>208</sup>.

A dimensão substancial da privacidade, por sua vez, está ligada ao emprego da informação obtida. Trata-se, portanto, do direito que as pessoas tem de exigir a fidelidade de seus dados. Em outras palavras, a representação construída dos dados de determinado indivíduo deve refletir a realidade e não dar ensejo a qualquer sorte de discriminações.<sup>209</sup>

É necessária cautela no uso de informações alheias, justamente para não expor a privacidade de outras pessoas, seja por coloca-las sob “falsa luz” ou causar-lhes embaraços por indiscrição.

Ora, por certo entende-se que dados pessoais também incluem dados de natureza confidencial, assim entendidos aqueles confiados sob garantia de segredo, como por exemplo, os dados genéticos.

Assim também foi definido no Enunciado nº 405 da V Jornada de Direito Civil:

---

<sup>206</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 157.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p.139-140.

“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.”<sup>210</sup>

Conclui-se que os dados pessoais merecem rigorosa proteção, em especial os chamados dados sensíveis, ou seja, aqueles que são vinculados a aspectos existenciais da pessoa humana, incluídos nessa categoria os dados genéticos.<sup>211</sup>

Quanto aos dados genéticos dos doadores de gametas, portanto, cabe dizer que fazem parte do direito à privacidade e merecem proteção, desde a sua coleta até o seu armazenamento, sendo que apenas o titular dispõe de seu uso para fins diversos.

### 3.2 A preservação do anonimato no Direito Comparado

Tendo em vista o intenso debate bioético acerca da polêmica trazida pela reprodução assistida, há de se estabelecer um diálogo intercultural, objetivando maiores esclarecimentos e projeções da atual realidade brasileira. Portanto, o direito comparado é uma ferramenta útil para subsidiar a reflexão a respeito do tema.

O Conselho da Europa informa que o sigilo da procriação se faz presente em 26 países, inexistindo apenas na Suíça e na Suécia.<sup>212</sup>

No Direito Comparado, impera uma tese de proteção absoluta do anonimato, vedadas as hipóteses de revelação da identidade civil do doador de gametas. Não obstante, a análise detida do ordenamento alienígena revela algumas particularidades acerca do direito à identidade genética.

#### 3.2.1 Alemanha

A partir da legislação alemã (Lei sobre proteção de embriões, de 13 de dezembro de 1990) foi criado o Relatório Benda, que prevê a livre possibilidade da criança conhecer sua origem genética aos 16 anos de idade, com base nas informações guardadas nos centros de reprodução. No entanto, a própria Lei nada prevê a respeito.<sup>213</sup>

<sup>210</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 405*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/209>>. Acesso em: 15 de set. 2016.

<sup>211</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158.

<sup>212</sup> PAZ, Sonia. *Os Direitos da Criança na Reprodução Assistida*. São Paulo: Pollux, 2003. p. 171.

<sup>213</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98.

No que concerne à filiação, tem-se que o artigo 1.591 do Código Civil alemão prevê que a mãe parturiente é inalteravelmente determinada, não ficando sujeita à investigação de maternidade nem desafiada, de qualquer forma, pela mãe biológica, uma vez que somente a mãe parturiente possui uma relação física e psicológica com a criança durante a gravidez e tem contato com ela logo após o parto.<sup>214</sup>

Percebe-se que a legislação acerca de reprodução assistida é bastante omissa em escala global. Não obstante, o dinamismo das ciências médicas não deixa de provocar o Poder Judiciário. Sendo assim, já em 1997, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu o direito ao conhecimento de origem àquele que, desconhecendo sua ascendência biológica, deseja fazê-lo, pois se trata de direito geral da personalidade. Estabeleceu que tal direito deve ser concedido, no entanto sem relação ou efeitos de direito de família *tout court*, haja vista tratar-se de direito de personalidade.<sup>215</sup>

### 3.2.2 Espanha

A Lei espanhola, por sua vez, é rigorosa em relação ao sigilo do doador. Dispõe em sua Lei de Reprodução Assistida (Lei nº 35/88), artigo 5º, item 5, que o filho nascido tem direito a informações gerais sobre o doador, não devendo ser revelada sua identidade. De mesma maneira, o doador possui os mesmos direitos. No entanto, em casos de comprovado perigo de vida, em que se faça indispensável, o doador poderá ser revelado, tendo a revelação caráter restrito, não implicando, de forma alguma, a publicidade da identidade do doador.<sup>216</sup>

### 3.2.3 França

A Lei Francesa sobre Reprodução Assistida (Lei nº 94-654/94) é ainda mais severa, punindo a quebra do sigilo do doador com 2 anos de prisão e multa de 200.000 francos. Nos casos em que haja necessidade terapêutica, o médico terá acesso às informações médicas necessárias, sem jamais expor a identidade do doador.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial*: Arts. 1591 a 1693. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 53.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>216</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas médicas e o debate bioético*. p.100-101.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p.102-103.



### 3.2.4 Suécia

É válido destacar a experiência jurídica Sueca, haja vista ser o primeiro país do mundo a ter uma legislação completa sobre inseminação artificial (1º de março de 1985).<sup>218</sup>

“A inseminação artificial heteróloga surgiu, na Suécia, na década de 20, mas permaneceu uma atividade modesta até os anos 80, quando experimentou sua acentuada evolução”.<sup>219</sup>

Para a Lei sueca, é inaceitável a omissão com relação à criança que deseja saber sua filiação biológica, sendo-lhe permitido, ao alcançar a maioridade, o acesso ao registro das informações que lhe forem pertinentes. Portanto, percebe-se, sem dúvidas, um maior grau de permissividade do que na legislação alemã.<sup>220</sup>

Não obstante, em razão do amparo absoluto do conhecimento de origem em detrimento do direito ao anonimato, os bancos de gametas, instituições importantes na promoção do direito ao planejamento familiar, desapareceram na Suécia.<sup>221</sup>

### 3.2.5 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, país onde foi desenvolvida a polêmica inseminação artificial heteróloga, restringe o uso de tal técnica a casais, sendo que em 28 Estados americanos, o marido que expressa consentimento prévio não poderá negar paternidade. Por outro lado, no restante dos Estados, a presunção de paternidade existe em favor do marido.

No que concerne ao anonimato, os Estados Unidos se posiciona pela sua absoluta proteção, uma vez que é pioneiro nas doutrinas de proteção à privacidade, valendo lembrar do ensaio de Warren e Brandeis.<sup>222</sup>

<sup>218</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. São Paulo: Edicamp, 2003, p. 295.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 297-298.

<sup>221</sup> CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. *Intimidade versus Origem Genética: A Ponderação de Interesses aplicada à Reprodução Assistida Heteróloga*. Disponível em: < [www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427](http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<sup>222</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 273.

### ***3.3 A aplicação da ponderação de bens nos casos de colisão entre o direito à identidade e o direito à privacidade***

Vê-se por muitas vezes que o Direito vai muito além de simples interpretações e aplicações de normas. As situações concretas e as construções de significados sobre conceitos abertos previstos nas normas tem causado a sua indeterminação. Os casos que exigem uma solução pautada em várias alternativas, técnicas de decisão complexas e refinadas, ou seja, algo muito além da simples e imediata observância de normas, são chamados de casos difíceis.<sup>223</sup>

Um clássico exemplo é justamente a colisão de direitos fundamentais, porque consiste em um conflito in concreto de direitos fundamentais, ou seja, trata-se de uma situação fática em que há contradição de bens ou valores amparados pela Constituição Federal.<sup>224</sup>

A solução para casos como estes exige a ponderação dos bens em contradição e, portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme afirma Wilson Antônio Steinmetz:

“Como se verá, a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e argumentação jusfundamental”.<sup>225</sup>

Nesta linha de raciocínio, o princípio da proporcionalidade é a melhor ferramenta para tratar a colisão aparente entre o direito de identidade genética do indivíduo concebido de técnica de reprodução assistida heteróloga e o direito ao anonimato do doador de gametas.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade será melhor abordado em seguida, desaguando, logo após, na análise de possíveis situações de conflito nos casos de procriação artificial heteróloga.

---

<sup>223</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 68.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 69.

### 3.3.1 O princípio da proporcionalidade e o núcleo de proteção dos direitos fundamentais

Preliminarmente, há que se fazer menção aos princípios de interpretação constitucional, pois são normas que deverão ser levadas em conta no juízo de ponderação.

De forma a evitar quaisquer contradições entre as normas constitucionais, o intérprete, primeiramente, deve considerar a Constituição Federal como um sistema unitário de regras e princípios, não devendo recorrer a interpretação isolada de normas. Noutra dizer, há o dever de não criar antagonismos, uma vez que se parte da premissa que há uma relação de interdependência entre todos os elementos da Constituição. Tal princípio é denominado de princípio da unidade da Constituição.<sup>226</sup>

Tendo em vista não haver hierarquia entre os bens protegidos pela Constituição, é também de suma importância observar o princípio da concordância prática, porque é necessário criar uma harmonia entre bens colidentes, de modo a viabilizar sua coexistência. Em outras palavras, utiliza-se de condicionamentos e limites para não haver um total sacrifício de um bem em detrimento do outro.<sup>227</sup>

Ainda, há o princípio do efeito integrador ou da eficácia integradora, cuja decorrência lógica vem do princípio da unidade da Constituição. O referido princípio pontua a preferência que deve ser dada aos critérios e pontos de vista que favoreçam a integração política e social, bem como o reforço da unidade política. Ora, por óbvio, é de maior valia priorizar as visões interpretativas que promovam os princípios políticos fundamentais, como por exemplo a dignidade da pessoa humana, pois são neles que se funda a própria Constituição.<sup>228</sup>

Sem dúvida, o princípio da máxima efetividade é também imprescindível na interpretação de normas constitucionais, haja vista o dever do intérprete de escolher o caminho que dê melhor eficácia aos direitos fundamentais.<sup>229</sup>

Outro princípio que visa garantir a eficácia das normas constitucionais é o princípio da força normativa da Constituição. Diferente do princípio da máxima efetividade, este princípio garante a eficácia das normas no decorrer do tempo. Trata-se, portanto, de uma

---

<sup>226</sup> BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 98-99.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 99-100.

<sup>229</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

atualização normativa, cujo objetivo é usar da interpretação para manter a eficácia das normas constitucionais em consonância com a realidade.<sup>230</sup>

Contudo, ao se deparar com uma colisão de direitos fundamentais, é necessário ir além e aplicar a ponderação dos bens em contradição no caso. Portanto, é imprescindível entender o princípio da proporcionalidade.

Em linhas gerais, a ideia de proporcionalidade é remetida ao equilíbrio, a harmonia entre duas grandezas. Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros diz que a proporcionalidade em sentido amplo traz em seu bojo também “considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”.<sup>231</sup>

A respeito da noção de proporcionalidade, explica Roque Stoffel:

“A noção de proporcionalidade e da ponderação constitui hoje um princípio de Direito Constitucional cuja função é a realização da distribuição da proteção apropriada para assegurar os valores constitucionais colidentes”.<sup>232</sup>

Assim é também denominado de princípio da proibição do excesso, porque busca desfazer irrazoabilidades, incongruências, contradições ou inadequações entre meios e fins, neste caso, em matéria de limitação de direitos fundamentais.<sup>233</sup>

De igual forma, expõe Wilson Antônio Steinmetz:

“O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional”.<sup>234</sup>

O princípio da proporcionalidade se divide em três princípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da necessidade, também chamado de princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade, e, por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>235</sup>

---

<sup>230</sup> BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 105.

<sup>231</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da constitucionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 75.

<sup>232</sup> STOFFEL, Roque. *A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação: critérios de solução*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 58.

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 225.

<sup>234</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

<sup>235</sup> Ibidem.

Segundo Suzana de Toledo Barros, a adequação traduz a exigência de que a medida restritiva seja idônea à consecução da finalidade perseguida.<sup>236</sup>

O princípio da necessidade, por sua vez, pressupõe uma medida restritiva indispensável para a conservação do próprio direito fundamental. Contudo, deve-se observar se há alternativa igualmente eficaz e menos lesiva ao direito em tela. Em suma, há o dever de buscar a medida que comporte menor restrição e seja apta a alcançar o melhor resultado ou ao menos o mesmo possibilitado pela outra alternativa.<sup>237</sup>

Portanto, o titular deve sofrer o mínimo possível de restrição no exercício de seu direito, além da devida seleção da medida menos gravosa dentre todas as alternativas possíveis.<sup>238</sup>

Em relação à análise comparativa das medidas de restrição, observa-se que se deve adotar a que seja menos prejudicial. Por conseguinte, caso existam medidas iguais em termos de prejudicialidade, deve-se optar pela mais eficaz.<sup>239</sup>

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito trata da justa medida entre os meios e os fins, é, nas palavras de Suzana de Toledo Barros, “um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus”.<sup>240</sup>

Trata-se, conforme Paulo Arminio Tavares Buechele, de uma relação de custo-benefício, ou seja, é a ponderação entre as desvantagens causadas pelos meios e as vantagens obtidas dos fins. Em suma, se a medida é adequada, necessária e além disso é a que traz mais benefícios em relação à proteção e realização do direito fundamental tratado, significa dizer que o princípio da proporcionalidade foi atendido na sua totalidade, em todos os seus elementos.<sup>241</sup>

Essas três etapas formam o procedimento que ensejará a solução das colisões de direitos fundamentais, dentre as quais será melhor analisada a colisão entre direito à identidade e direito à privacidade nos casos de procriação artificial heteróloga.<sup>242</sup>

Para tanto, há que se ter em mente o objetivo da ponderação de bens, qual seja a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Segundo Wilson Antônio Steinmetz,

<sup>236</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da constitucionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 78.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

<sup>238</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 151.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

<sup>240</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *Op cit.* p. 87.

<sup>241</sup> BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 132.

<sup>242</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op cit.* p. 153.

o princípio da proporcionalidade se fundamenta no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, uma parte essencial que não pode ser afetada.<sup>243</sup>

O princípio do núcleo essencial tem o condão de evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental em face de restrições desproporcionais<sup>244</sup>, pois a violação do conteúdo essencial de um direito fundamental significa dizer que não é mais possível chegar ao fim pelo qual este foi instituído, ou seja, é o sacrifício total do direito fundamental, a sua completa inutilização.<sup>245</sup>

Acerca das teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Robert Alexy argumenta uma teoria absoluta e uma teoria relativa. Conforme a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo em abstrato, no qual não é possível intervir sob nenhuma hipótese. Por outro lado, a teoria relativa tem o núcleo essencial como aquilo que resta após a ponderação. Conclui-se que não há ofensa ao núcleo essencial se há respeito ao princípio da proporcionalidade no caso concreto.<sup>246</sup>

Portanto, a teoria absoluta defende um núcleo determinável em abstrato, distinto para cada direito e irrestringível, uma vez que se trata do centro do direito, onde se concentram os valores essenciais que o fundamentam, o que, se violado, culminaria no fim da existência do próprio direito.<sup>247</sup>

Nesse sentido, “o núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito”.<sup>248</sup>

A teoria relativa dita que o conteúdo essencial de um direito só é revelado quando da sua restrição no caso concreto. Assim explica Suzana de Toledo Barros:

“Tal qual nas teorias absolutas, o núcleo essencial também seria caracterizado por um círculo inserido em outro maior, mas a membrana delimitadora do núcleo relativo seria elástica. O tamanho do conteúdo essencial só poderia ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estivessem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente”.<sup>249</sup>

<sup>243</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.

<sup>244</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

<sup>245</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Op cit.* p. 162.

<sup>246</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 297-298.

<sup>247</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da constitucionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 101.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 103.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, o núcleo essencial é, na teoria relativa, “aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação” e que há de ser definido caso a caso, “tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo”.<sup>250</sup>

Em suma, os poderes públicos não devem opor barreiras aos titulares de direitos fundamentais, pois o núcleo essencial desses direitos é identificado na própria dignidade humana. Em outras palavras, caso determinado indivíduo se veja obstado no exercício de um direito fundamental por força impeditiva do Estado, significa dizer que sua existência foi reduzida à condição de objeto.<sup>251</sup>

Tendo em vista o aparato interpretativo em comento, convém destacar as possíveis situações concretas de colisão real entre o direito à identidade e o direito à privacidade no contexto da procriação artificial.

### 3.3.2 Análise casuística da colisão identidade x privacidade

Luis Eduardo Tinant menciona três correntes para a solução da colisão entre identidade e privacidade: a) a do anonimato absoluto; b) a do anonimato relativo; e c) a permissão do conhecimento tanto da identidade genética quanto da identidade pessoal do doador, sem a decorrência de responsabilidades provenientes do vínculo de filiação.<sup>252</sup>

A corrente absolutista preza pela intimidade do doador, negando ao ser concebido o direito à identidade, mesmo após adquirir maioria. A corrente relativista, por sua vez, se demonstra mais razoável, pois defende a ideia de que possa haver coexistência entre ambos os direitos. Nesse sentido, preserva-se o anonimato, mas garante ao ser concebido o direito à identidade genética, qual seja aquela informação necessária para o tratamento ou prevenção de doenças congênitas. Ainda, cabe ressaltar que do conhecimento destas informações não haverá qualquer efeito decorrente da filiação.<sup>253</sup>

<sup>250</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

<sup>251</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164-165.

<sup>252</sup> TINANT, Luis Eduardo apud SALES, Gabrielle Bezerra; MELO, Vanessa Gonçalves. *O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família*. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>>. Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>253</sup> SALES, Gabrielle Bezerra; MELO, Vanessa Gonçalves. *O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família*. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>>. Acesso em: 16 set. 2016.

Ora, ao que parece, a corrente relativista é convergente à melhor solução, uma vez que não há sacrifício de direitos fundamentais, mas a preservação do núcleo essencial dos direitos em tela. Atende-se, nesse sentido, ao princípio da proporcionalidade.

Conforme Nathalie Carvalho Cândido, o indivíduo, geralmente, buscará sua origem genética ou por curiosidade para saber mais sobre as pessoas que ajudaram a possibilitar a sua existência ou por pertencer a uma família monoparental ou, ainda, por desejar desconstituir a paternidade pré-existente.<sup>254</sup>

A garantia do planejamento familiar como um direito fundamental é de todos: da mulher, do homem ou do casal.<sup>255</sup> Neste ínterim, a família monoparental deve ser tratada de forma isonômica. Não obstante, o conhecimento de suas origens não é imprescindível para construir sua personalidade.<sup>256</sup>

O doador não integra o projeto parental nem no estágio de planejamento, ou seja, não manifesta vontade nesse sentido em nenhum momento. Pode-se inferir daí que ainda que se queira saber sobre sua origem, o indivíduo fruto de procriação artificial deve se valer unicamente de sua família socioafetiva, uma vez que não é do interesse do doador conhecê-lo.

Pelo contrário, o doador pode invocar o direito à intimidade para manter-se no anonimato. Mais vale não criar obstáculos para que o indivíduo seja integrado plenamente em sua verdadeira família.

Vale lembrar a valiosa lição de Elimar Szaniawski, em que aduz a voluntariedade do indivíduo em tornar público fatos de sua vida privada não pode invocar a proteção do Estado contra a observação alheia.<sup>257</sup>

Infere-se que na hipótese de consenso entre doador e o terceiro interessado na revelação de suas respectivas identidades seria uma possibilidade ao menos legítima, pois não implicaria na renúncia do direito à intimidade, mas apenas na sua limitação temporária.<sup>258</sup> Não obstante, em situações concretas e considerando a colisão de direitos, a objeção do doador, neste caso, obsta o direito de identidade, uma vez que foi invocado por mera curiosidade de suas origens.

---

<sup>254</sup> CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Reprodução medicamente assistida heteróloga: distinção entre filiação e origem genética*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10171/reproducao-medicamente-assistida-heterologa>>. Acesso em: 18 set. 2016.

<sup>255</sup> BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

<sup>256</sup> CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Op cit.*

<sup>257</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 176.

<sup>258</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 14 de set. 2016.



Tendo isso em vista, é aplicável idêntico raciocínio às situações em que o indivíduo busca o doador no intuito de estabelecer com ele vínculo de paternidade e demais efeitos decorrentes da filiação.

Para estes casos, não há razão de ser na quebra do anonimato. Tal medida deve ser fundada em algo de enorme relevância, pois nele se assentam as doações de material genético. Sendo assim, não se deve pôr em risco instituições importantes na promoção do direito fundamental ao planejamento familiar como os bancos de gametas.

De um lado, há o direito à identidade pessoal, lastreada no conhecimento da ancestralidade, da integralidade de si mesmo, da sua própria verdade como ser individual<sup>259</sup>, incluídos aí os seus dados genéticos como parte integrante de sua personalidade.<sup>260</sup> Em contrapartida, o anonimato do doador como reflexo de sua intimidade e privacidade de uma forma geral, com fundamento na sua autonomia em manter-se anônimo, pois assim foi consubstanciado no termo de consentimento informado.

Aplicando-se o juízo de ponderação obtêm-se algumas situações em que o anonimato deverá ceder em razão do direito à identidade. Conforme leciona Belmiro Pedro Welter, há a possibilidade em casos de necessidade psicológica, para preservar os impedimentos matrimoniais, para garantir a saúde e a vida do ser concebido e do doador e em casos de graves doenças genéticas.<sup>261</sup>

Nesse sentido, ao considerar a teoria relativa do núcleo essencial, cabe nesses casos precisar a identidade genética como núcleo essencial do direito à identidade. Portanto, haverá limitação da privacidade do doador em razão da necessidade de prevenir e tratar doenças congênitas ou caso o terceiro invoque o referido direito para prevenção das mesmas.<sup>262</sup>

Ainda, é cabível nos casos em que haja suspeita de algum impedimento matrimonial (incesto), pois é sabido que a prole gerada de uma relação incestuosa tem maiores chances de apresentar toda a sorte de anomalias genéticas.

Segundo Anderson Schreiber, a identificação do doador, por vezes, pode ser a única forma de tratar uma doença fatal do filho biológico, mas tal medida há de ser tratada

<sup>259</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada: Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 375.

<sup>260</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos*. Disponível em: < [http://www.unescobkk.org/fileadmin/user\\_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf](http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2016.

<sup>261</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 181.

<sup>262</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da constitucionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 103.

como excepcional. Diante dessa realidade, cabe ao direito brasileiro encontrar uma solução para esses casos junto às instituições encarregadas pela reprodução assistida.<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 177.

## CONCLUSÃO

O conceito de família, pouco a pouco, se alterava conforme o fluir do tempo; o patriarcalismo da família romana e a sacralização do casamento oriunda do direito canônico perdiam o sentido, na medida em que a história se encarregava de sedimentar outros valores.

Após a promulgação da Carta Magna de 1988, o direito de família ganhou nova forma, e com isso se tornou um dos ramos mais dinâmicos e mutáveis do direito, pois a concepção patrimonialista do então Código Civil de 1916 já não comportava a realidade da época, e até mesmo o projeto do Código Civil de 2002 já estava ultrapassado, o que trouxe problemas que persistem até os dias de hoje.

A partir de então, uma nova era começava para a família brasileira, fundada sob a ótica dos novos paradigmas constitucionais, mais humanista e preocupada com os valores existenciais da pessoa humana. Surgiram novas entidades familiares, a família foi democratizada, extinguindo-se o poder marital e o pátrio poder para dar lugar ao poder familiar, em que os cônjuges guardam a mesma responsabilidade sobre a prole e são iguais em direitos. Ademais, foram abolidas as distinções feitas entre as diversas formas de filiação, estabelecendo-se a igualdade entre os filhos de qualquer ordem, sejam naturais ou civis.

A filiação adotou o critério da socioafetividade como fator preponderante no estabelecimento do vínculo paterno-filial, afastando-se da verdade biológica como critério único, como era anteriormente.

Em descompasso com o direito, a medicina caminhou a passos largos. Com o avanço da biotecnologia, em especial das tecnologias reprodutivas, a ciência solucionou diversas questões atinentes a saúde sexual e reprodutiva, como por exemplo, a infertilidade e a esterilidade, que frustrava o sonho de muitas famílias de conceber um filho.

Dessa forma, as clínicas de reprodução assistida e os bancos de gametas ganharam papel de destaque na proteção do direito fundamental ao planejamento familiar, possibilitando a formação de novas famílias, por intermédio do tratamento adequado ou, em último caso, pelas técnicas de reprodução humana assistida.

As técnicas de reprodução significaram um expressivo avanço em relação aos problemas de fecundidade, mas, em contrapartida, também trazem consigo um debate interminável na seara jurídica, principalmente sobre seus efeitos na filiação daquele a ser concebido do uso de tais técnicas.

As técnicas de reprodução assistida são classificadas em homólogas, quando o material genético utilizado vem de ambos os pais, e heterólogas, quando é utilizado material

genético de um terceiro, vindo de um banco de doadores anônimos, cujo material é coletado e armazenado para a procriação artificial.

Em relação as técnicas de reprodução assistida homólogas, não há muita polêmica acerca do estado de filiação, mas o mesmo não se verifica ao analisar a modalidade heteróloga. Pelo fato de ser utilizado material genético de um doador anônimo, discute-se sobre a possibilidade do indivíduo concebido buscar sua origem genética, tendo em vista que o Conselho Federal de Medicina baixou a Resolução nº 2.121/2015, orientando a classe médica a manter o sigilo sobre a identidade civil dos doadores anônimos e dos receptores, ao atuar nos casos de reprodução assistida.

A evolução das ciências biológicas, inclusive no campo das tecnologias reprodutivas, tem interferido na forma natural das coisas cada vez mais, o que gera constante preocupação com as possíveis consequências advindas do rumo que seguem as mudanças na área. A fim de se resguardar a dignidade humana, a ciência deve ser freada pelos princípios da bioética e do biodireito, ramo polêmico e atual do direito, responsável por tratar dos direitos de quarta geração (patrimônio genético) e manter o dinamismo das biotecnologias sob pilares éticos e favoráveis à humanidade.

Em face da lacuna legislativa e o escasso tratamento dado pelo Código Civil sobre as questões atinentes a reprodução assistida, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina é o único normativo no país a regulamentar a questão. Não obstante, a falta de legislação específica sobre o tema causa imensa insegurança jurídica, uma vez que há questões polêmicas e ainda abertas para o debate, pois não há solução concreta. Diante disso, embora haja vários projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados, nenhum chegou a termo.

Verifica-se que a identidade genética é direito da personalidade, amparado na dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição Federal. Por outro lado, o anonimato do doador de gametas também é consagrado na Constituição no direito à intimidade, bem como no direito à vida privada.

Nesse sentido, o que se tem é uma colisão de direitos fundamentais, onde deve aplicar-se a técnica de ponderação, pois diferentemente de um conflito de regras, os direitos fundamentais não devem ser sacrificados em sua integralidade em detrimento de outros direitos fundamentais, mas devem ser ponderados, conforme as circunstâncias do caso concreto, de modo a possibilitar que ambos convivam harmonicamente no ordenamento jurídico, buscando o caminho menos danoso possível.

O direito à identidade genética traduz a própria identidade pessoal e a ancestralidade de quem busca, o que o torna um direito de personalidade, enquanto qualidade inerente a própria pessoa humana.

A tutela do conhecimento da origem genética, portanto, é exigida tanto para a formação da identidade pessoal quanto para tomar medidas preventivas de saúde contra a propensão de doenças de família, pois a ciência mostra que o conhecimento da história genética da família subsidia dados importantes para a prevenção e tratamento efetivos de enfermidades congênitas.

É também de suma importância para evitar casos de incesto, quando haja dúvida, pois é sabido que os filhos advindos de parentes próximos em grau de parentesco têm chances significativamente maiores de apresentar doenças em decorrência da herança genética, dentre outros muitos problemas de saúde.

Por outro lado, o anonimato é reflexo da intimidade do doador, cuja manifestação no termo de consentimento informado demonstra claramente que ele é mero espectador do projeto parental. Assim, a privacidade é resguardada, pois decorre da autonomia do doador em se manter anônimo, uma vez que a sua doação se constituía em interesses unicamente filantrópicos.

Há casos, como por exemplo o de doenças fatais, que exigem a revelação do doador e, por mais que se utilize meticulosamente da máxima da proporcionalidade, a colisão entre identidade e privacidade ainda se revela um desafio intenso para o ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. O Fato e a Responsabilidade por Prática Biomédica: Uma Visão Ontológica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.184/2003*. Define normas para realização de inseminação artificial e fertilização "in vitro"; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003)>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.061/2003*. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003)>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.686/2004*. Introduce 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: <[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)>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.892/2012*. 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](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012)>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *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](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015)>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BRASIL. Código Civil brasileiro. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2015.

BRASIL. Código Penal brasileiro. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

BRASIL. Estatuto da Advocacia e da OAB. *Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial nº 1.458.696 – SP*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43244206&num\\_registro=201401279985&data=20150220&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43244206&num_registro=201401279985&data=20150220&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso extraordinário nº 248869*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829>>. Acesso em: 18 set. 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: Conquistas Médicas e o Debate Bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. *Intimidade versus Origem Genética: A Ponderação de Interesses aplicada à Reprodução Assistida Heteróloga*. Disponível em: <[www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427](http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana: Ética e Direito*. São Paulo: Edicamp, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 14 de set. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 405*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/209>>. Acesso em: 15 de set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>. Acesso em: 14 set. 2016.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. *Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Leme: Editora de Direito, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2016.

IDEF – Instituto Interdisciplinar de Direito de Família (Coord.). *Direito de Família & Interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial*: Arts. 1591 a 1693. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MULHER reencontra a mãe e descobre que se casou com o próprio irmão. *Correio 24 horas*, 05 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/brasil/noticia/mulher-reencontra-a-mae-e-descobre-que-se-casou-com-o-proprio-irmao/?cHash=97550891b20c9cfba102e1bab943b91b>>. Acesso em: 17 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração internacional sobre os dados genéticos humanos*. Disponível em: <[http://www.unescobkk.org/fileadmin/user\\_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf](http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 07 de set. 2016.

PAZ, Sonia. *Os Direitos da Criança na Reprodução Assistida*. São Paulo: Pollux, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.



- RAFFUL, Ana Cristina. *A Reprodução Artificial e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.
- RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade ou autonomia privada? Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38318>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- ROCHA, R. S. *Autonomia Privada e Direitos da Personalidade*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 145-158, abr. 2011.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SALES, Gabrielle Bezerra; MELO, Vanessa Gonçalves. *O direito à identidade genética e o direito à intimidade do doador no contexto da inseminação artificial heteróloga e suas implicações para o direito de família*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02bf1a8bb2a792e3>>. Acesso em: 16 set. 2016.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada: Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STOFFEL, Roque. *A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação: Critérios de solução*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TOGNOTTI, Elvio; PINOTTI, José Aristodemo. *A Esterilidade Conjugal na Prática da Propedêutica Básica à Reprodução Assistida*. São Paulo: Roca, 1996.
- TORRES, Patrícia de Almeida. *Direito à própria imagem*. São Paulo: LTr, 1998.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 6.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.