

O DIREITO À ORIGEM: REFLEXÕES SOBRE O CASO GLÓRIA TREVI E A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N.º. 2013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha¹

Virgínia Afonso de Oliveira Morais da Rocha²

RESUMO

O presente trabalho apresenta reflexão acerca da inconstitucionalidade da Resolução n.º. 2013/2013 expedida pelo Conselho Federal de Medicina que autoriza o direito ao anonimato do doador em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação de n.º. 2.040-1/DF que resguardou e protegeu o direito fundamental à identidade genética. Portanto, a ideia do presente ensaio é fazer uma análise da mudança paulatina da jurisprudência no que tange ao direito à origem, promovendo a descoberta do seu conceito e detalhando a evolução do instituto, refutando a instauração no sistema jurídico brasileiro do direito ao anonimato do doador nas técnicas de reprodução assistida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Origem; Personalidade; Dignidade; Genética; Doação.

THE RIGHT TO THE ORIGIN: REFLECTIONS ON GLORIA TREVI CASE AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF RESOLUTION N.º 2013/2013 OF THE FEDERAL MEDICAL COUNCIL

ABSTRACT

This study discusses the constitutionality of the Resolution number 2013/2013 issued by the Federal Medical Council (CFM), which authorises the right to anonymous donor in face of the Supreme Court (STF) decision in Claim number 2.040-1/Distrito Federal that guarded and protected the fundamental right to genetic identity. Therefore, the main idea of this essay is to analyse the change in Brazilian case law according to the right to the origin, not only developing its concept but also the evolution of the institute, refuting the introduction in the Brazilian legal system of the donor's right to anonymity in assisted reproduction techniques.

KEY WORDS: Rights; Origin; Personality; Dignity; Genetic; Donation.

¹ Advogada e Professora Universitária. Mestranda em Direito Empresarial. Especialista em Direito Empresarial e em Direito Civil. Graduada em Direito, Administração de Empresas e Tecnologia em Processamento de Dados. E-mail: jfcunha.bh@terra.com.br.

² Advogada, Professora dos cursos de pós-graduação lato sensu em Ciências Penais e Direito Público da Faculdade de Direito Milton Campos, Professora de Direito Penal III e de Direito Penitenciário do curso de graduação em Direito da Faculdade Milton Campos, Especialista em Direito Público e Mestranda em Direito Empresarial. E-mail: virginia.afonso@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aprofunda a respeito do direito à identidade genética, buscando explicar a relevância do estudo da intimidade genética e do direito da personalidade.

Após traçar um breve panorama sobre a dignidade da pessoa humana em suas várias concepções filosóficas, delimitaram-se os precedentes judiciais sobre a matéria, destacando como marco o caso da cantora mexicana Glória Trevi. Em reclamação de nº 2040-1/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu assegurar, com absoluta prioridade, o direito do nascituro à sua determinação genética. E como os precedentes judiciais passaram a ser incorporados como verdadeira fonte do direito, é certo que tal decisão proferida pelo STF deve ser respeitada em todo o ordenamento jurídico.

Acontece que, em 9 de maio de 2013, o Conselho Federal de Medicina expediu Resolução nº. 2013/2013, permitindo o anonimato do doador nas técnicas de reprodução assistida, maculando de sobremaneira os mecanismos hermenêuticos de aferição do direito à origem estipulados pelo Supremo Tribunal Federal.

Nota-se claramente uma violação à decisão proferida pela Corte Suprema do país e a instauração da insegurança jurídica. Como é possível uma resolução inconstitucional expedida pelo Conselho Federal de Medicina querer inovar no mundo jurídico, criando um direito completamente antagônico ao que vem sendo aplicado pelo STF? Como admitir que um conselho de fiscalização profissional usurpe competência legislativa do Congresso Nacional? Como resguardar a prevenção contra a possibilidade de futuro incesto ou contra a possibilidade da eventualidade de o doador reclamar judicialmente sua paternidade ou contra a possibilidade de haver conflito de paternidade?

O tema é muito complexo e vivemos hoje um paradoxo: o STF garantindo e efetivando em suas decisões o direito à origem e, de outro lado, o Conselho Federal de Medicina, expedindo resolução com força normativa e autorizando o anonimato do doador.

Assim, essas e outras questões foram debatidas no presente ensaio. Somente a declaração da inconstitucionalidade da Resolução nº. 2013/2013 expedida pelo Conselho Federal de Medicina seria capaz de resolver todos esses conflitos que tanto afligem a sociedade brasileira.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Conceitos e fundamentos

Imprescindível para a compreensão do presente trabalho é a definição da natureza jurídica do que vem a ser direito à personalidade. Conceito atual no mundo jurídico e de difícil uniformização, esse direito recai sobre aspectos internos dos indivíduos, tais como aspectos físicos, morais ou psíquicos, não abordando, em um primeiro plano, os direitos patrimoniais. De grande importância para o avanço de tal instituto fora o desenvolvimento e a aceitação do cristianismo que pregava a adoção de ideais de fraternidade e igualdade entre os homens, estabelecendo relações íntimas entre o indivíduo com o seu Deus. Entretanto, o direito da personalidade só veio a atingir status de um ramo autônomo do direito após a Segunda Guerra Mundial, onde se viu a necessidade de uma proteção efetiva aos direitos da pessoa humana. Salienta Donizetti (2007) que as legislações civis no mundo contemporâneo, como o Código Civil francês, o alemão, o italiano e o brasileiro, não tutelavam esse direito, sendo, atualmente, disciplinados em quase todas as codificações civis. Acrescentando o pensamento, Campos (1992) entende que a origem dos direitos da personalidade remontam à Idade Média, estabelecendo uma ligação entre o conteúdo dos direitos da personalidade à mudança filosófica humana. Como o desenvolvimento do humanismo, o indivíduo passa a ser visto como um ser não social. Assim, na visão do jurista português, a adoção de uma posição naturalística do ser humano possibilitou definir o indivíduo com um valor em si mesmo, jamais o limitando à sua função exercida na sociedade, conforme era apregoada pelo povo romano. Assim, nas palavras de Bittar (2004) os direitos da personalidade surgiram como “direitos naturais ou inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem”. Complementando o raciocínio, salienta Donizetti (2007):

Alguns desses direitos humanos são positivados nos textos constitucionais e recebem a denominação direitos fundamentais, uma vez que gozam de especial garantia em face do estado. Os direitos fundamentais constituem, portanto, o núcleo ou círculo mais restrito dos direitos humanos, que, por terem feição privilegiada, foram salvaguardados pela Constituição.

Segundo Otto Von Gierke, precursor da doutrina jurídico-civil dos direitos da personalidade no século XIX, tais direitos pertencem à categoria dos direitos fundamentais não afetos à esfera pública, ou seja, são aqueles restritos apenas ao âmbito privado. Nessa perspectiva, todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais.

Por esse raciocínio, verifica-se o aparecimento no âmbito estatal de direitos predominantemente civis, ou seja, a sociedade contemporânea instaura uma ingerência de uma categoria privada numa esfera pública, reforçando a idéia já difundida por Canotilho (2001) da “civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil”. Assim, percebe-se uma busca incessante em pacificar tais conceitos aparentemente divergentes, uma vez que no mundo pós-moderno, deve-se preponderar uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, defendida tão brilhantemente por Luhmann (1985). Para Büllesbach (2002):

Com o progresso da complexidade surgem duas transformações : ao nível da expectativa do comportamento, modifica-se a forma jurídica; e, mediante a instituição de processos visando a elaboração de decisões coletivamente obrigatórias, o direito torna-se um programa de decisão

Portanto, enfatiza Derzi (2009), adotando a teoria dos sistemas de Luhmann, que em uma sociedade complexa e dinâmica, o Direito se transforma em um sistema jurídico, cujas funções de redução dessa complexidade e da solução desses conflitos fica a cargo do Poder Judiciário.

Nesse contexto, cumpre notar que, predomina na doutrina, a concepção que o direito a personalidade se perfaz com o exercício pleno do indivíduo sobre a sua própria pessoa. Assim, salienta Pinho (2005) que os direitos da personalidade são “resguardados a partir do momento em que surge o ser humano, pois nesse instante o mundo jurídico já lhe garante proteção mesmo não tendo este adquirido ainda o status de pessoa, o que só ocorrerá quando de seu nascimento.”

Nessa perspectiva aduz Miranda (2000):

Direitos da personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é o direito da personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal.

Desta forma, verifica-se que os titulares desses direitos são os indivíduos, as pessoas, tendo como principal carga axiológica a dignidade da pessoa humana. Destaca Barreto (2005) que os direitos da personalidade são absolutos, gerais, extrapatrimoniais, intransmissíveis, ilimitados, inexpropriáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e indisponíveis. Absolutos porque podem ser opostos em face de todos, ou seja, *erga omnes*. São gerais por pertencerem a

qualquer indivíduo. Da mesma forma são considerados extrapatrimoniais porque são direitos qualificados como fora do comércio, ou seja, não são passíveis de valoração em dinheiro. Também são intransmissíveis, pois o titular não pode dispor ou transmitir esse atributo por atos inter vivos ou causa mortis. Também são considerados ilimitados, uma vez que os direitos das personalidades são infinitos, apresentando a constituição um rol apenas exemplificativo, constituindo-se o direito à personalidade verdadeira cláusula geral aberta. Também são inexpropriáveis, já que incompatível com o instituto da expropriação forçada e do direito patrimonial. De igual modo são imprescritíveis porque o titular do direito à personalidade é o indivíduo, sendo totalmente descabida a ocorrência do instituto da prescrição. Ainda são irrenunciáveis, uma vez que a renúncia é ato jurídico restrito à vontade abdicativa e por fim, indisponíveis, tendo em vista que dele não se pode dispor, por não se tratar de direito patrimonial.

Assim, em razão de terem guarida na Constituição, os direitos da personalidade visam garantir o pleno e eficaz desenvolvimento do indivíduo e salvaguardar os seus elementos e atributos axiológicos.

2.2 Compreensão da noção de dignidade da pessoa humana

2.2.1 Aspectos históricos

Segundo Petterle (2007), a ideia de dignidade da pessoa humana como valor intrínseco do ser tem sido discutida desde os filósofos clássicos da antiguidade clássica, passando pelos pensadores da Idade Média. Trabalhando uma concepção histórica da dignidade do ser humano, Reale (1996) chega a conclusão de que existem três aspectos possíveis: o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo. O primeiro deles se limita a ideia de que ao satisfazer o seu interesse pessoal, conseqüentemente o indivíduo estará satisfazendo o interesse coletivo. Já para a posição transpersornalista, diametralmente oposta à primeira posição e baseada nos ideias marxistas, só será possível a realização do bem comum como a realização do bem coletivo. Afirma Xavier (2004) que para essa teórica:

A dignidade do ser humano é conseqüência da igualdade preconizada e levada a efeito pelos atores da sociedade. A igualdade é suposto para a realização da dignidade humana, uma vez que a igual consideração dos sujeitos, a equiparação, não somente formal, mas material dos indivíduos é o fim último do Estado.

A última posição doutrinária, ou seja, o personalismo apresenta-se como uma posição intermediária, visando harmonizar os interesses entre a sociedade e o indivíduo. Assevera Reale (1996):

Há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a necessidade permanente de composição entre esses grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao todo e o que cabe ao indivíduo em uma ordenação progressivamente capaz de harmonizar as duas forças

Assim, conclui-se que a visão histórica do que seria dignidade da pessoa humana foi evoluindo ao longo dos séculos, tornando-se imprescindível buscar uma base estrutural filosófica e ética para definir tal preceito fundamental.

2.2.2 Concepções filosóficas da dignidade da pessoa humana

2.2.2.1 Dignidade em Kant

Para Kant (1986), a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao conceito de ser humano racional. Parte do pressuposto de que os seres humanos devem ser considerados como um fim em si mesmo, jamais um instrumento ou um meio. Assim, somente os seres irracionais (que o autor se refere como coisas) poderiam ter os seus valores relativizados. Portanto, os seres racionais, como pessoas dotados de autonomia de vontade, são capazes de possuir o atributo da dignidade porque:

[...] a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Em linhas gerais, a ação humana tem como pano de fundo a ideia de humanidade simultaneamente como fim. Eis o imperativo prático de Kant (1986) “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

2.2.2.2 Dignidade em Hegel

Não há como deixar de afirmar que os ideais Kantianos ecoaram no pensamento de Hegel. Entretanto, esse pensador soube avançar. Hegel (1980), no plano do direito abstrato,

valorizou o reconhecimento do homem e, na esfera concreta (moralidade subjetiva) enfatizou o indivíduo em seu plano concreto, lotado de especificidades. No que tange às relações sociais, adotou a aplicação do plano da moralidade objetiva, baseada na valorização do indivíduo como ser participativo nas relações de âmbito familiar. Assim, a instituição família tornou-se um marco para a determinação do processo dialético de mediação de vontades.

Afirma Petterle (2007):

[...] por intermédio das relações que estabelecemos no âmbito familiar, internalizando modelos uniformes de comportamento, modelos esses que expressam toda uma cultura. Na passagem para a vida adulta, estreitamente vinculada ao exercício de atividade profissional para satisfação das necessidades materiais (sustento próprio) e referências da pessoa, aprofunda-se ainda mais esse processo de mediação entre vontades livres, notadamente porque cada pessoa tem, no plano concreto, necessidades distintas e habilidades diversas.

Segundo Seelman (2005), a dignidade hegeliana consiste no reconhecimento recíproco. E de acordo com Häberle (2005), essa discussão é de grande relevância, uma vez que a ausência do reconhecimento recíproco já foi vivenciada por toda a humanidade na Segunda Guerra Mundial (“reação aos horrores”).

2.2.2.3 Dignidade em Dworkin

Para Dworkin (1998), a dignidade da pessoa apresenta duas vertentes: uma voz ativa e uma voz passiva. A voz ativa refere-se aos cuidados que a própria pessoa deveria ter com a sua dignidade. E quando alguém é capaz de infligi-la, ou seja, quando um indivíduo compromete a sua própria dignidade está negando valor à vida humana. Por outro lado, a voz passiva da dignidade representa um dano sofrido por terceiro à sua dignidade. Afirma Dworkin (1998) que tanto a voz ativa quanto a voz passiva devem estar conectadas. Chegando a conclusão, portanto, de que existe uma relação entre autonomia e dignidade, criando duas classes de interesses: os interesses de experiência e os interesses críticos. O primeiro interesse representa os prazeres da vida. Já os interesses críticos são:

Intereses cuya satisfacción hace que las vidas sean genuinamente mejores, intereses cuyo no reconocimiento sería errôneo y las empeoraria. Las convicciones acerca de qué ayuda globalmente a conducir una vida buena, se refieren a estos intereses más importantes. Representan juicios críticos y no, simplemente, preferências acerca de experiencias.

Assim, é possível verificar que a concepção do autor no que tange à dignidade da pessoa humana segue as linhas do pensamento de Kant, adotando o entendimento de que o homem não pode ser tratado como mero objeto.

2.2.2.4 Dignidade em Habermas

Enfatiza Petterle (2007):

A concepção habermasiana de dignidade humana está relacionada, seja no plano moral, seja no plano jurídico, a uma simetria de relações entre seres morais, que, enquanto membros de uma comunidade, podem estabelecer obrigações recíprocas e esperam, uns dos outros, comportamento conforme as leis que, na condição de seres morais, dão a si mesmos.

Assim, a dignidade da pessoa humana estará presente nas relações interpessoais e o ser natural surge como pessoa apenas em uma sociedade de comunicação.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE GENÉTICA

Dispõe o artigo 5º §2 da Constituição Federal:

Art. 5 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.

Percebe-se que o rol dos direitos fundamentais é exemplificativo, ficando a cargo de uma interpretação jurisprudencial preencher e construir novas hipóteses. Assim, é cristalino afirmar que os direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos expressamente positivados em nossa Constituição, sendo plenamente possível, nas lições de Canotilho (2000), a existência de direitos materialmente constitucionais. Nesse mesmo sentido Benda (2001):

Al utilizar métodos de fecundación artificial recientemente desarrollados por primera vez y las posibilidades logradas por la genética humana nos enfrentamos, sin Duda, a nuevos planteamientos cuya problemática se desconocía al redactarse la Ley Fundamental. Pero de ello no cabe inferir que la decisión al respecto no constara al constituyente. El mandato de respetar y proteger la dignidad humana se refiere a cualquier forma de amenaza, con independencia de si tal riesgo existía em

1949 o se vislumbraba como tal. El mandato incondicional Del art. 1.1 GG quedaria empequeñecido, si únicamente fuera interpretable como limitado a las amenazas percibibles de la experiencia nacional-socialista. En una democracia em libertad y bajo el Derecho no es concebible que vayan a producirse unos procesos tan abiertamente atentatorios contra la dignidad.

É importante traçar breve reflexão sobre a distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito ao conhecimento da origem seja ela biológica ou genética.

Segundo Vencelau (2002), [quem] “contribuiu apenas biologicamente para gerar uma pessoa, volta a sua vontade para a não paternidade. Uma vez não coincidindo o genitor na pessoa do pai, há o direito da personalidade do conhecimento da origem biológica, sem que isto implique em alteração do status de filho.”

Tepedino (1997) afirma que o estado de filiação é a "a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade."

Lobo (2004) ao tratar do estado de filiação cita:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade, em relação a ele.

Ao tratar do estado de filiação Lobo (2004) o divide em filiação biológica e não biológica, sendo que estes “são irreversíveis e invioláveis, não podendo ser contraditados por investigação de paternidade ou maternidade, com fundamento na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de pretensão e ação com fins de tutela do direito da personalidade”.

Ao tratar da diferença entre o direito ao estado de filiação e o direito ao conhecimento à origem genética Lobo (2004) ensina que o direito ao estado de filiação

[...] nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda, de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Diante dessa interessante diferença, faz-se necessário um estudo sobre a identidade genética no âmbito dos tribunais brasileiros.

3.1 Primeiros precedentes judiciais no STF sobre o direito à origem

Como o presente estudo analisará o conhecimento da identidade genética no âmbito das procriações naturais e artificiais, é importante traçar a sua evolução no plano da Suprema Corte Brasileira, que foi marcada por avanços na seara constitucional.

O ponto prioritário, que sempre recebeu expressiva atenção pelo Supremo Tribunal Federal, sempre foi a suposta colisão de direitos fundamentais. O mais aceso debate a respeito do direito à origem teve início no julgamento do HC 71.373-4/RS (1994) de relatoria originária foi do Ministro Francisco Resek. O caso em tela abordava se o paciente seria conduzido “manu militari” o exame hematológico, para o propósito de constituir prova pericial definitiva em ação de paternidade. Ao votar, o relator Ministro Francisco Resek, protegendo os direitos da criança e do adolescente, declarou:

É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética.

Afirmou ainda:

Nessa trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público. Não foi sem razão que o legislador atribuiu ao parquet, à vista da importância da determinação do vínculo de filiação, a iniciativa para que, em determinadas circunstâncias, intente a investigatória de paternidade.

Abriu dissenso o Ministro Marco Aurélio, cuja tese vencedora encontra-se presente neste trecho de seu voto:

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

Nesse mesmo sentido, o voto do Ministro Néri da Silveira:

Não há lei alguma, obrigando pai presumido, ou quem réu em ação de investigação de paternidade, a sujeitar-se a prova dessa natureza, que pressupõe, para a sua consecução, material extraído do corpo do próprio réu. Dessa maneira, se não há sequer lei, - o ponto que seria questionável, se existisse – regulando essa matéria, ninguém pode ser realmente obrigado, compelido a se sujeitar a tal exame. Dir-se-á: mas se não for constituída essa prova, será frustrada a eventualidade da procedência da ação e com isso o paciente estará, não só deixando de colaborar com o Poder Judiciário, como a impedir que o autor veja assegurado, pela ordem jurídica, direito que está a pleitear ao Poder Judiciário lhe seja reconhecido: a relação de filiação com o réu. O próprio sistema constitucional, entretanto, responde a essa questão, quando se admite, em matéria de ação de investigação de paternidade, o decreto de sua procedência, não só em razão de provas documentais ou testemunhais, mas também por indícios e por presunções.

Dessa maneira, penso que se resguardam os princípios constitucionais da privacidade e da legalidade, que favorecem ao paciente; não resulta do decisum, no caso concreto, no que concerne à realização da prova, prejuízo definitivo ao autor, porque há uma conseqüência dessa negativa, qual seja, a confissão, o reconhecimento da paternidade. Em verdade, em princípio, nenhum juiz deixará, diante da recusa do réu de submeter-se ao exame de DNA, de dar pela procedência da ação, tendo nessa recusa o reconhecimento do réu quanto à paternidade. Por isso não quer se sujeitar ao exame que sabe ser bastante preciso.

Desta forma, o Tribunal ementou o julgado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA- CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas- preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à leitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

A mesma questão fora abordada no julgamento do HC 76060-4/SC (1998) pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

De minha parte, não obstante o respeito à maioria formada no HC 71.373 e o domínio do seu entendimento no direito comparado, ainda não me animo a abandonar a corrente minoritária no sentido – explícito no meu voto vencido – de que não se pode opor o mínimo ou – para usar da expressão do eminente Ministro Relator – o risível sacrifício à inviolabilidade corporal (decorrente da “ simples espetadela”, a que alude o voto condutor do em. Ministro Marco Aurélio) – “ à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação da própria paternidade” [...].

Na espécie, por certo, não estão presentes as circunstâncias que, atinentes ao direito fundamental à própria e real identidade genética- me induzem a insistir na ressalva prudente [...].

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - e que se pretenda

constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra presunção de que é titular.

Entretanto, o Tribunal entendeu:

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente no STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.

Percebe-se, portanto, que no primeiro julgado citado (HC 71373-4/RS) a colisão existente foi entre o direito que a pessoa tem de conhecer a sua origem genética com a intimidade, vida privada, honra, a imagem das pessoas, a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, prevalecendo no STF esses últimos direitos. Já no segundo julgamento abordado (HC 76060-4/SC) verifica-se a existência do direito fundamental à própria e real identidade genética e a dignidade pessoal. Mais uma vez o STF protegeu o último direito.

Chega-se a conclusão que o STF reconhece o direito a paternidade como direito fundamental e nas palavras do Ministro Resek como “direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética” e “direito fundamental à própria e real identidade genética”, segundo o Ministro Pertence. Verifica-se que quando existe conflito de interesses, O STF, nesses julgados, não deu prevalência ao direito à origem.

4 CASO “GLÓRIA TREVI”: MARCO REGULATÓRIO NO STF PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO À ORIGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trata-se de Reclamação proposta perante o STF de nº. 2.040-1 (2002) - Distrito Federal, cuja reclamante Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, cantora mexicana conhecida internacionalmente como Glória Trevi, pleiteava o seu direito à intimidade e à sua honra de não autorizar a coleta de seu material genético ou de seu filho, antes, durante ou após o parto, pelo fato de haver sido vítima de estupro carcerário no interior da Superintendência da Polícia Federal do Distrito Federal, onde estava recolhida. Assim, verifica-se que a cantora mexicana Glória Trevi estava presa, aguardando o julgamento do processo de Extradicação de nº. 783 no STF. Ocorre que nesse período de prisão, a cantora mexicana apareceu grávida e acusou os

servidores públicos (policiais federais, agentes e custodiados) de estupro. A acusação tornou-se pública porque fora veiculada na capa da revista semanal “Isto É” o suposto estupro e que o pai do nascituro seria um dos Policiais Federais, conforme colaciona trechos:

Os mexicanos foram transferidos às pressas para a Papuda para encobrir uma bomba: a Glória Trevi está grávida! Ora, e eu é que sei? Acho que é do Santana ou do Bandeira ou ... ah, sei lá, tinha tanta gente ‘comendo’, só levando no Ratinho e pedir um exame de DNA. [...]

Presos revelam que cantora mexicana foi engravidada por policiais na carceragem da Polícia Federal e desmonta a farsa da inseminação artificial

Após a publicação dessa reportagem pela referida revista, colocando como verdadeiro o fato de que os Policiais Federais eram estupradores e que realmente um deles seria o pai da criança de Glória Trevi, inúmeros emails foram enviados e publicados pela revista, tais como:

Sem comentários, meu entendimento é o seguinte: os patifes responsáveis por essa abominação têm que pagar por isso. Primeiro devem ser demitidos, depois executados num campo de extermínio chinês.[...]

Desejo de coração que tudo que foi feito com essa mulher seja feito em dobro com a mãe, filhas e mulheres desses canalhas que nós ainda pagamos salários.[...]

Todos esses estupradores de farda deveriam ser jogados em prisões comuns, virar boneca de cadeia, é isso que eles merecem.[...]

Deveriam levar a Glória Trevi e os dois policiais para a casa dos artistas ou para uma novela da globo.

Diante dessas alegações, em 19.11.2001, fora instaurado inquérito policial para a apuração dos fatos articulados na Revista ‘Isto É’, versando sobre a gravidez da reclamante, em que estariam envolvidos servidores do Departamento de Polícia Federal responsável pela sua custódia. Em 16.01.2002, o Delegado da Polícia Federal responsável pelas investigações requereu a realização do exame de DNA, como o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez da cantora mexicana Glória Trevi. O Ministério Público Federal opinou pelo deferimento do pedido. Em 29.01.2002, o Juiz Federal Substituto respondendo pela 10ª Vara Dr. Eduardo Moraes da Rocha, proferiu decisão deferindo parcialmente o pedido para autorizar a coleta do material biológico materno e material biológico da criança, oriundo da placenta retirada de Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, com o escopo único de proceder-se à extração do perfil genético da mãe e do recém-nato, mediante o exame de DNA, eis que o laudo pericial afirmou ser esse material lixo biológico suficiente para que se fosse realizado exame de DNA com o intuito de descobrir a verdade sobre o fato e determinar a realização

do dito exame, confrontando o material genético a ser colhido da placenta com as amostras de DNA colhidas dos policiais federais e dos custodiados.

É importante ressaltar que, cinquenta policiais e onze detentos ou ex-detentos, de forma espontânea, prestaram-se à coleta de sangue. Além disso, dois agentes policiais federais moveram queixa-crime contra o jornalista da revista 'Isto É' por crime de calúnia e de difamação. Ademais, um servidor público que fora apontado pela revista como esturador, ao depor, exigiu que o exame de DNA fosse feito, invocando sua dignidade. Noutro passo, também é importante destacar que existia o interesse de outro país - o México, uma vez que as relações internacionais entre o Brasil e o México foram acionadas para a solução da questão.

Em sua decisão, o Juiz Federal Substituto Dr. Eduardo Morais da Rocha enfatizou:

Desse modo, não estamos diante de um caso de colisão entre direitos fundamentais, mas sim diante de um nítido caso de conflito entre direito fundamental e bens jurídicos da comunidade consagrados constitucionalmente, pois de um lado há o direito fundamental de Glória de Los Angeles Treviño Ruiz ver preservada a identidade do pai de seu filho (art. 5º, X, da CF/88) e, de outro, o interesse do Estado em tutelar os bens jurídicos constitucionais, como "moralidade administrativa (art. 37caput, da CF/88), "persecução penal pública" (art. 129, I, da CF/88) e "segurança pública" (art. 144, §1º, I da CF/88).

[...] Sendo inviável neste caso concreto a temporização do direito fundamental da intimidade com os bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação do princípio da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que façamos, como metódica de solução de conflito, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema, qual dos princípios terá maior peso para uma norma de decisão justa para o presente caso concreto.

[...] Assim, os direitos fundamentais são direitos prima facie, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma, é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer, em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que outro direito.

Isto porque, em virtude do Princípio da Unidade da Constituição, não há um modelo pré-existente para solução de conflito de valores constitucionais a nível abstrato, devendo a solução de cada caso ajustar-se topicamente às contingências de cada problema concreto, seja harmonizando as normas em conflito, ou, ainda, fazendo proporcionalmente prevalecer um bem a outro, de modo a proceder a uma concretização adequada e razoável, obtendo-se a norma de decisão mais justa para o caso em exame.

Portanto, diante dessa decisão, a cantora mexicana Glória Trevi propôs reclamação perante o STF, sustentando que enquanto pessoa humana e mãe gozava de direito exclusivo de autorizar, ou não, a realização de exames de material genético dela e de seu filho, ao passo que este teria, no futuro, o direito de propor a investigação da paternidade, se assim o desejar. Afirmou ainda, que afora ela mãe, ninguém teria o direito de promover a coleta de material dela ou de seu filho, para a realização de ditos exames, pouco importando, para isso, o fato de

ter sido concebido o nascituro enquanto se encontrava ela, mãe, presa nas dependências da Polícia Federal.

Assim, em 2002 os ministros do STF julgaram a Reclamação nº. 2.040-1 - Distrito Federal, tendo sido reconhecido o deferimento da realização do exame de DNA, considerada a placenta da extraditanda. O caso em si percorreu diversos temas interessantes em face do direito constitucional, cível, internacional e penal, por exemplo o questionamento da competência do STF para julgar a referida reclamação ou a questão da produção de provas lícitas ou ilícitas ou em que país ficaria a criança (México ou Brasil) e também a questão da identidade genética. Contudo, o presente estudo ficará limitado ao último questionamento.

O Ministro Néri da Silveira, relator do processo, votou no sentido de que não se tratava de colisão de direitos fundamentais, coadunando com o entendimento do Juiz Federal Substituto da 10ª Vara do Distrito Federal, Dr. Eduardo Morais da Rocha. Alegou o relator que o direito que clamava proteção era o direito de paternidade do nascituro, filho da extraditanda Glória Trevi. Afirmou que “nenhum outro direito, insista-se, pode ser evocado para impedir que se leve ao fim a determinação exata da origem genética da criança.” Chegou-se a essa conclusão, uma vez que não havia oposição de qualquer suposto pai ao exame, tendo sido colhidos, espontaneamente, o material genético de nada menos que sessenta e um homens. Enfatiza o relator:

No leading case, confrontam-se o direito fundamental à determinação da paternidade e o da dignidade; aqui, eles não colidem – antes se alinham, clamando por uma satisfação simultânea. Respeitar o direito da criança - conferindo-lhe paternidade exata - será também, e a um só tempo, prestigiar o direito à honra e à imagem de sessenta inocentes posto sob suspeição perante a sociedade e suas famílias. Não se pode esquecer, igualmente, que o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente declara que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...] Não parece lícito, portanto, do ponto de vista do Direito Constitucional, que se negasse à criança o conhecimento de sua paternidade ao argumento de que sua integridade física restaria abalada. Se ao judiciário for dado decidir sobre esta incrível hipótese de confronto de direitos fundamentais de um mesmo indivíduo, certamente a “simples espetadela” seria um mal menor, se comparada à indeterminação da sua paternidade. [...] Nesse rumo, pouca dúvida há de que, tivesse o Juízo que decidir entre impedir que se colha material genético da criança ou lhe propiciar o conhecimento da paternidade, optaria pelo segundo, até por força do evocado artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Destaca-se que o relator ao decidir pela realização do exame não abriu mão da jurisprudência do STF (HC 71373 e 76060). Deve-se continuar aplicando a ponderação de

direito fundamentais de acordo com a proporcionalidade, sempre que se estiver diante de um conflito. “Esta peculiaridade, insista-se, não é encontrável no caso em análise, mantendo intocada a expressão majoritária daquela Corte sobre o assunto”.

Salienta o Ministro Ilmar Galvão, em seu voto, não existir constrangimento ilegal a submissão compulsória de pessoas a exame de DNA ou de verificação de teor alcoólico sempre que estiver em jogo interesse público. Destaca que “nesses casos, estão sempre contrapostos direitos da personalidade da mesma natureza, para não se falar nos demais valores, como o da moralidade administrativa [...]”.

É importante destacar o voto do Ministro Carlos Velloso, reportando ao seu pensamento proferido no HC 71373/RS:

Daí resultar para o filho, ao que penso, o direito de conhecer o seu pai biológico. Esse direito se insere naquilo que a Constituição assegura à criança e ao adolescente: o direito à dignidade pessoal.

Esse interesse não fica apenas no mero interesse patrimonial. A consequência da não submissão do ora impetrante ao exame, apontou o Sr. Ministro Marco Aurélio, seria emprestar a essa resistência o caráter de confissão ficta. Isso, entretanto, se tem importância para a satisfação de meros interesses patrimoniais, não resolve, não é bastante e suficiente quando estamos diante de interesses morais, como o direito à dignidade que a Constituição assegura à criança e ao adolescente, certo que essa mesma Constituição assegura aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Também desse dispositivo constitucional - §6 do art. 227 – defluem interesses morais que vão além dos interesses patrimoniais. Ora, Sr. Presidente, não há no mundo interesse moral maior do que este: o do filho conhecer ou saber quem é o seu pai.

Desta forma, o STF ementou o julgado:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5 da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei nº 6.815/80. Competência do STF para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da

Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante.

É certo que esse julgado foi um marco para toda a sociedade brasileira, principalmente para o ramo do direito de família. Verifica-se o estabelecimento, de forma concreta e efetiva, pela Suprema Corte, do direito à identidade genética.

5 A RESOLUÇÃO N. 2013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A Resolução nº. 2013 do CFM – Conselho Federal de Medicina, publicada em 09 de maio de 2013, dispõe sobre “normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida”.

A referida Resolução toma como base:

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;
CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;
CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);
CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;
CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013.
[...]

Destaca-se que referida resolução revogou a resolução CFM nº. 1.957/2010 em sua totalidade.

No anexo único da Resolução nº. 2013/2013 consta no item 3 do Título I – PRINCÍPIOS GERAIS :

[...]3- O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA [reprodução assistida] serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de

consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida. [...]

No título IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES, itens 2 e 4 constam:

[...] 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa
[...] 4 - Obrigatoriamente, será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. [...]

Percebe-se, portanto, que a Resolução nº. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina privilegia o direito do anonimato do doador, em total afronta à decisão do STF que garante o direito à identidade genética. De forma expressa, a Constituição Federal nada diz sobre o tema, entretanto, conforme já estudado acima, o STF em decisão proferida na Reclamação nº. 2.040-1, deixou cristalino o seu pensamento de que é um direito absoluto da pessoa humana, consubstanciado na sua dignidade e na sua personalidade, o direito à origem.

Um dos grandes argumentos utilizados por médicos e cientistas para adotarem a corrente favorável ao anonimato do doador é o de que se não existisse o segredo, jamais existiriam doadores. O número de interessados seria muito ínfimo.

Verifica-se na maioria da legislação estrangeira a não ocorrência da identificação do doador. Elas entendem que a melhor proteção à criança estaria em resguardar informações sobre os seus pais socioafetivos e não com relação aos pais biológicos. Ademais, entendem os doutrinadores estrangeiros que não existe qualquer ligação de filiação dos doadores com a criança gerada, uma vez que não possuem o desejo de serem pais ou mães.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) adota a proteção à identidade genética, estabelecendo orientações para a proteção do indivíduo, em várias situações:

Artigo 7 – Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para o uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.

[...]

Artigo 9 - Visando à proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação, por razões consideradas imperativas no âmbito do direito internacional público e da legislação internacional sobre direitos humanos.

Nesse mesmo sentido, a Constituição portuguesa estabelece no art. 26,3 que:

A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

Chega-se, portanto, a conclusão de que é totalmente inconstitucional a Resolução de nº. 2013/2013 do CFM no que tange ao anonimato do doador. A decisão do STF na Reclamação nº. 2.040-1/DF é clara ao afirmar o direito fundamental do indivíduo de ter garantido o acesso a sua identidade genética.

Assevera Baracho (2000):

O conceito de identidade conduz à compreensão do seu sentido adequado, na relação entre identidade-mesmidade, que conduz à identidade biológica, que se expressa na permanência do código genético do indivíduo. A identidade vem associada à idéia de integridade, que corresponde ao que é intangível, isto é, ao que não pode ser tocado. A identidade pessoal é concebida dentro da relação um com o outro, no quadro de uma comunidade de sentido. A identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que por sua vez é a expressão da dignidade do ser humano.

Como se não bastasse os argumentos acima expostos, o Conselho Federal de Medicina, autarquia federal, não possui legitimidade para editar norma inovadora que vincule toda a nação, norma essa inconstitucional, ofendendo expressamente julgado da Corte Suprema do país. Além disso, configura-se uma usurpação das funções legiferantes do Poder Legislativo. O Ministério Público Federal em Goiás ajuizou Ação Civil Pública nº. 0013853-33.2013.4.01.3500 em 05 de junho de 2013, com pedido de antecipação de tutela, em face do Conselho Federal de Medicina, para declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução nº. 2013. Para o MPF, o CFM extravasou os limites do poder regulamentar. De acordo com o Procurador da República Ailton Benedito, autor da ação, a regulamentação “possui repercussões familiares, sociais e nos direitos reprodutivos, que escapam ao poder de normatização de conselhos de fiscalização profissional”. O MPF enfatizou que é do Congresso Nacional a competência para legislar sobre reprodução assistida. A ausência de lei sobre o tema não é justificativa para delegar ao conselho de fiscalização profissional a competência legislativa. Ademais, esse consentimento informado previsto na citada Resolução é totalmente inválido, pois este contrato é assinado pelos eventuais pais e o direito à origem pertence ao filho.

Essa afronta a uma interpretação feita pelo STF corrobora para a instauração de um verdadeiro caos jurídico e social. Segundo Diniz (2014) grandes polêmicas podem surgir a

respeito do tema como saber o histórico de saúde de seus parentes para uma possível prevenção; prevenção contra a possibilidade de futuro incesto; prevenção contra a possibilidade da eventualidade de o doador reclamar judicialmente sua paternidade; prevenção contra a possibilidade de haver conflito de paternidade; provocação de interesse patrimonial.

O tema é muito complexo e vivemos hoje um paradoxo: o STF garantindo e efetivando em suas decisões o direito à origem e, de outro lado, o Conselho Federal de Medicina, expedindo resolução com força normativa e autorizando o anonimato do doador.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve o objetivo de demonstrar a inconstitucionalidade da Resolução nº. 2013/2013 expedida pelo Conselho Federal de Medicina que permitiu o anonimato do doador nas técnicas de reprodução assistida em face do direito fundamental à origem, direito esse já garantido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação de nº. 2.040-1/DF.

No Brasil houve uma evolução no pensamento da Suprema Corte do país, fixando, atualmente, o entendimento de que o direito à identidade genética é um direito fundamental constitucional, devendo ser tutelado o interesse personalíssimo do indivíduo em conhecer a sua real identidade.

Neste diapasão, torna-se irrefutável a argumentação da inconstitucionalidade da Resolução nº. 2013/2013 que autoriza o anonimato do doador no caso de reprodução assistida. Primeiramente, no seu aspecto formal, é ilegal e inconstitucional uma resolução expedida por uma autarquia (Conselho Federal de Medicina) reguladora de atividade profissional, usurpando a competência do Congresso Nacional sobre a matéria. No aspecto substancial, referida resolução também apresenta inconstitucionalidade por afrontar o direito fundamental à identidade genética, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação de nº. 2040-1/DF (caso Glória Trevi). Assim, não é razoável nem proporcional manter em sigilo a identidade do doador, uma vez que o direito da pessoa humana em saber a sua origem é juridicamente preferencial a todos os demais direitos ligados à personalidade.

Logo, conclui-se ser necessário expurgar do mundo jurídico a Resolução de nº. 2013/2013 expedida pelo Conselho Federal de Medicina, uma vez que gera insegurança

jurídica nos jurisdicionados e até mesmo para os operadores do direito. Seria uma forma de evitar o surgimento de polêmicas futuras inimagináveis, uma vez que o Direito não consegue conter a tempo os abusos cometidos em decorrência dos avanços da genômica.

Assim, necessário o aprofundamento do tema e a limitação, ao menos jurídica, dos avanços desenfreados da engenharia genética. Exige-se um novo pensar do Direito.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da bioética e do biodireito: Biomética*, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org). *Direito e Medicina*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

BARRETO, Wanderlei de Paula. *Art. 1 a 39*. In: ALVIM. Arruda; ALVIM, Thereza (Coords). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.1.

BENDA, Ernest. *Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad*. In: BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Orgs) *Manual de Derecho Constitucional*. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. Título original: (Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland).

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Ação Civil Pública n. 0013853-33.2013.4.01.3500. Goiás, 7ª Vara Federal em 05 de junho de 2013.

BRASIL. Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.040-1. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.373-4/RS. Relator originário Ministro Francisco Resek.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC76060-4/SC. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998.

BÜLLESBACH, Alfred. *Princípios de teoria dos sistemas*. In: Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Coordenação de A. KAUFMANN e W. HASSEMER. Trad. de Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4 ed, Coimbra, Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2001.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9ª ed. ver. aum. e atual. de acordo com o Código de ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *El Dominio de La Vida. Una Discusión Acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual*. Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. 1 Reimp. Barcelona: Ariel, 1998.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade*.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética e direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito; Estética: a Ideia e o Ideal; Estética: o Belo Artístico e o Ideal; Introdução à História da Filosofia*. Traduções de Henrique

Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino, Antonio Pinto de Carvalho . São Paulo: Abril Cultural , 1980 (Os pensadores). Título original: (Die Phaenomenologie des Geistes; Vorlesungen ueber die Aesthetik; Vorlesungen ueber die Geschichte der Philosophie.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.

LOBÔ, 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. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

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

PINHO, Leda de Oliveira. *Direitos da personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos*: investigação sobre as possíveis correlações entre direitos. Revista Jurídica Cesumar. Maringá, v.5, n.1, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

SEELMAN, Kurt. *Pessoa e Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia de Hegel*. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da Dignidade*.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Dey Rey Editora, 1997.

UNESCO, Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin (Orgs.). *Diálogos sobre o Direito Civil*: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.