

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA?

INFORMATIVE SELF-DETERMINATION IN ASSISTED HUMAN REPRODUCTION?

Marcos Ehrhardt Jr.

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil dos cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (Ufal) e do Centro Universitário Cesmac. Editor da *Revista Fórum de Direito Civil* (RFDC). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Presidente da Comissão de Enunciados e Vice-Presidente da Comissão de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Associado do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (Iberc). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1371-5921>. *E-mail*: contato@marcosehrhardt.com.br

Maria Rita de Holanda

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora de Direito Civil dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Pós-Doutora pela Universidad de Sevilla (ES). Pós-Doutora em Direito e Tecnologia pela Mediterranean International Centre for Human Rights Research (Reggio Calabria, Italy). Advogada e associada do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7093-1690>. *E-mail*: mariarita.holanda@unicap.br

Resumo: O artigo pretende comentar, sob a perspectiva doutrinária do direito de família e de normas bioéticas aplicáveis ao tema da reprodução humana assistida, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 1096791-73.2021.8.26.0100, que, em outubro de 2022, analisou a questão do eventual confronto observado na autodeterminação informativa de um casal que pretendia se valer de dispositivos da LGPD para conhecer o sexo dos embriões resultantes do tratamento de seu material genético.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Autodeterminação informativa. Lei Geral de Proteção de Dados.

Abstract: The article intends to comment, from the doctrinal perspective of family law and bioethical norms applicable to the subject of assisted human reproduction, the decision of the Court of Justice of the State of São Paulo in Civil Appeal 1096791-73.2021.8.26.0100, which in October 2022, analyzed the question of the eventual confrontation between the informative self-determination of a couple that intended to use LGPD devices to know the sex of the embryos resulting from the treatment of their genetic material.

Keywords: Assisted human reproduction. Informative self-determination. General Data Protection Law.

Sumário: **1** Considerações iniciais: liberdade e sujeitos do planejamento familiar – **2** Reprodução medicamente assistida e o vácuo legislativo – **3** A interseção com a Lei Geral de Proteção de Dados – **4** Considerações finais – Referências

1 Considerações iniciais: liberdade e sujeitos do planejamento familiar

A liberdade de planejamento familiar garantida na Constituição da República do Brasil em 1988 contou com várias interpretações nos diversos contextos históricos até a presente data. É impossível dissociar a evolução de valores morais de um povo às inúmeras interpretações. Dos anos oitenta até a presente data, a liberdade existencial ganhou foco, sobretudo nas decisões de autodeterminação.

No §7º do art. 226 da Constituição, consta que essa liberdade deve ser exercida pelo casal, indicando a possibilidade de uma interpretação restritiva no sentido de que um planejamento familiar para filhos deve ater-se a uma necessária biparentalidade. É possível que a referência literal nos anos oitenta refletisse ainda o modelo familiar conjugalizado para o reconhecimento de filhos.

No mesmo texto constitucional, o §4º prevê a proteção das famílias constituídas entre as ascendentes e descendentes, denominada família monoparental, que relativiza a biparentalidade e amplia a liberdade de planejamento familiar para pessoas sozinhas. Esse dispositivo também sofreu interpretação reduzida à época por significativa parte da doutrina, que entendia ser essa proteção voltada à constituição involuntária de tal modelo. Assim, a monoparentalidade seria protegida caso decorresse da morte, viuvez ou abandono, por parte geralmente do pai, mas jamais como modelo a ser eleito pelo pretendente, salvo na hipótese de adoção.

A reflexão sobre a evolução dessa interpretação é importante para a presente temática, porque na atualidade, e sobretudo com os avanços da biotecnologia, não é possível reduzir a proteção à monoparentalidade involuntária, uma vez que é assegurado a todas as pessoas ou casais o acesso aos meios científicos necessários à elaboração de seu projeto parental, o que inclui projetos individuais voluntários.

A regulamentação da liberdade do planejamento familiar pela Lei nº 9.263/1996 deixa claro que a interpretação deve ser sistemática e contemplar sobretudo a esfera da dignidade humana, inclusive nos anseios do que seria, a princípio, uma autodeterminação. De outro lado, a Constituição e a eleição de parâmetros relacionais podem extrapolar a esfera da simples autodeterminação, por envolver também possíveis direitos fundamentais do ser por vir e não apenas

do pretendente. Esta será uma tensão permanente a ser solucionada nos casos concretos.

Conjugalidade e parentalidade, com o passar do tempo, foram se descolando no tratamento jurídico, já que o direito não pôde mais se manter restrito à ideia de que a filiação apenas poderia vir a ser considerada se proveniente de uma conjugalidade.

O conteúdo do princípio constitucional da liberdade, portanto, foi bastante alargado, conferindo-se mais autonomia e menos intervenção do Estado nas composições familiares. Porém, como dito, esse aumento de espectro da liberdade estaria sempre condicionado à garantia da dignidade das pessoas ou sujeitos de direito envolvidos. Mas, e quando isso envolve decisões sobre um ente ainda não categorizado como pessoa ou mesmo sujeito de direito, a exemplo do embrião criopreservado, gerado no exercício dos direitos fundamentais reprodutivos?

Raciocinar sobre a mobilidade de tais conteúdos principiológicos dentro das categorias civis preestabelecidas pela nossa legislação já é algo complexo, e quando tais relações envolvem outras categorias ainda não tão bem esclarecidas para a ordem social e jurídica, isso é ainda mais desafiador, porque revolve reflexão sobre a prevalência da plena autonomia dos genitores sobre o seu material genético ou a prevalência e consideração da existência de presumidos interesses de entes não personalizados.

Sujeito de direito, pessoa e coisa jurídica são categorias bem definidas em nosso ordenamento civil, porquanto advêm de uma construção cultural e não da própria natureza. Pessoa, como ser humano nascido com vida, é um sujeito de direito em plenitude. Mesmo que não nascido, o nascituro é um ser dotado de capacidade para adquirir e exercer direitos, podendo ser considerado um sujeito, mesmo que ainda não seja pessoa, pela natural expectativa de vida futura no desenvolvimento temporal de sua vida uterina até tornar-se pessoa pelo nascimento com vida.¹

Reconhece-se ao nascituro, como ser que possui vida intrauterina, a condição de sujeito de direito, cuja dignidade é palpável. Ao nascituro pode-se conferir direito aos alimentos e direito à reserva de seu quinhão hereditário, por exemplo. Na ponderação de dignidade deste ser com a dignidade da pessoa que o viabiliza (gestante), aquela tende a prevalecer sobre esta, salvo as exceções legais que autorizam o aborto no Brasil, quais sejam: risco de vida gestante como pessoa, inviabilidade de vida futura ao feto (anencéfalo), ou ainda se o nascituro for proveniente de violência perpetrada contra a gestante (estupro), de que resultou a gravidez.

¹ LOBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 100-104.

Percebe-se a limitação da autonomia da pessoa sobre o seu próprio corpo se este estiver abrigoando uma potencial vida de futura pessoa. Isso requer um debate bem mais aprofundado do que o aqui realizado.

Atualmente, e diante da nova realidade biotecnológica utilizável, surge um outro ser – ente despersonalizado – cuja natureza jurídica não se encontra expressamente definida no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, vem atormentando a doutrina. Trata-se do embrião criopreservado.

O enquadramento deste ser nas categorias de pessoa, sujeito de direito ou coisa jurídica parece insuficiente. Nesse sentido, há que se aferir se há algum grau de dignidade defensável, já que a própria lei de biossegurança parece enquadrá-lo como coisa jurídica a partir de uma temporalidade de congelamento, ou inviabilidade pouco definida, para o seu desenvolvimento.

Paulo Lobo entende que ele estaria enquadrado na categoria de um ente despersonalizado, ao lado do nascituro, bem como da prole eventual e das futuras gerações. O autor reconhece que, embora ainda não implantado no útero materno, se a criopreservação está dentro do prazo de até três anos e ele é considerado “viável”, haveria uma condição de dignidade a lhe ser atribuída como sujeito de direito, tal qual o nascituro.²

Isso implicaria uma natureza jurídica temporalmente híbrida, sendo equiparada ao nascituro durante o prazo de até três anos de congelamento contados da concepção, ou independente de prazo, se for considerado inviável. Dessa forma, após esse prazo ou o reconhecimento de sua inviabilidade, seria considerado coisa jurídica.

Ocorre que, diante do vácuo legislativo no Brasil, o Conselho Federal de Medicina regulamenta a atuação médica e o fato é que, antes mesmo desse prazo de três anos, os genitores podem doar o embrião para projeto parental alheio, sem a intervenção do Estado, de forma autônoma, o que não é admissível ou negociável com o nascituro. A entrega do filho em adoção pela gestante exige o cuidado e a intervenção do Estado no combate e prevenção ao tráfico.

Paralelamente a esta revolução, outra se instaura: a tecnológica impõe também a necessidade de limitação de liberdades e proteção de outro direito fundamental, a saber, os dados da pessoa. No ano de 2022, a Emenda Constitucional nº 115 incluiu a proteção de dados *peçoais* entre os direitos e garantias fundamentais.

Mas a quem pertencem os dados do embrião criopreservado, quando há imprecisão de sua natureza jurídica? Se considerado sujeito de direito, só em benefício deste poderia ser utilizado; se considerado coisa, os dados poderiam atender ao interesse dos genitores.

² LOBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 105.

2 Reprodução medicamente assistida e o vácuo legislativo

A matéria sobre a reprodução humana assistida padece de regulação legal no Brasil. Diante do vácuo legislativo, há invasão da reserva legal pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, em muitos aspectos, inclusive na definição de parentidades advindas das técnicas. Mas isso não lhe retira a importância da tentativa de condução ética para que os médicos possam atuar nessa esfera.

É importante ressaltar que a realidade social é inafastável, e nela são identificadas inúmeras demandas para tais técnicas. As técnicas desenvolvidas pelas ciências humanas devem atender aos anseios dos pretendentes, sobretudo com a finalidade terapêutica para a doença da infertilidade, que traz implicações médicas e psicológicas. Mas é essa a realidade do mercado?

Desde 1992, o CFM edita resoluções que procuram garantir a atuação médica de forma ética, ao tempo que também o protege de eventual imputação de conduta ilícita. Não há proibição para o desenvolvimento das técnicas, mas o Conselho não pode prever em tais resoluções as consequências relacionais na esfera familiar.

Foram sete resoluções até a presente dada, sendo a primeira em 1992 e as demais em 2010, 2013, 2015, 2017, 2021 e 2022. Percebe-se que a velocidade da mudança de tais resoluções aumentou consideravelmente a partir da segunda, em 2010, com intervalos de três, dois e até de um ano entre elas.

As resoluções tratam de muitas possibilidades, entre elas: as condições etárias e, a partir daí, o número limite de transferência de embriões; a possibilidade de doação de gametas e embriões com garantia do sigilo dos doadores; a criopreservação dos embriões e as condições de sua manutenção e descarte com o respeito às deliberações dos genitores em seu consentimento livre e esclarecido; a possibilidade de seleção de embriões desde que haja diagnóstico de alteração genética causadora de doenças, bem como para a tipagem do antígeno leucocitário humano – HLA compatível com um irmão já afetado pela doença (diagnóstico pré-implantacional); o estabelecimento do tempo máximo do desenvolvimento do embrião *in vitro* de 14 dias, quando então deve ser criopreservado; a gestação de substituição, com a proibição de que a gestante seja também a doadora do óvulo; e a reprodução assistida *post mortem*.

Ressalte-se também uma importante proibição, para além das condições e das demais acima mencionadas, e que importa ao presente estudo: *as técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica.*

A proibição parece combater qualquer tipo de preconceito, entre eles a seleção com base no sexo, que poderia indicar preconceito e mesmo discriminação de

gênero, combatida e terminantemente proibida pela garantia de igualdade constitucional.

Há, por enquanto, um impedimento médico para esse agir, elaborado pelo próprio Conselho. Tal impedimento estaria calcado numa ordem constitucional maior.

Percebe-se que aqui se está conferindo certo grau de dignidade ao embrião criopreservado, uma vez que aos genitores ou seus proprietários não é dada a escolha de quem virá a nascer: se uma pessoa do sexo masculino ou uma pessoa do sexo feminino. Percebe-se também que a condição de gênero considerada por esta proibição é a biológica e, portanto, definida pelo órgão sexual e aparelho reprodutor, a partir de uma binariedade ainda não superada, mas muito combatida atualmente.

A proibição, desse modo, é de utilização com *intenção* de seleção, o que pode levar à proibição do conhecimento, por parte dos genitores, sobre o sexo de seus embriões criopreservados. Conhecer para quê? Isso poderá interferir no planejamento familiar buscado? Haveria um direito do embrião criopreservado de vir a nascer independentemente de seu sexo?

A partir a concepção temporal de coisa jurídica do embrião excedentário seria possível indagar o porquê de os proprietários do material genético não poderem vir a saber o sexo dos embriões que geraram, já que puderam autorizar a sua criopreservação e, mesmo, poderiam autorizar o seu descarte após os três anos de congelamento, conforme previsão da própria Lei de Biossegurança. Sim, estaria nas mãos deles o destino desse embrião, mas não a escolha do sexo.

A Lei de biossegurança permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos criopreservados que não foram utilizados no projeto parental, para fins de pesquisa científica, desde que estes sejam inviáveis ou estejam congelados há mais de três anos. Assim, há presunção legal de que o tempo de criopreservação – no caso, mais de três anos – gera a sua inviabilidade para fins de implantação no útero e desenvolvimento. Ocorre que essa presunção não é absoluta.³

Há histórias a serem consideradas. Em 2020, no Tennessee, nos EUA, nasceu uma menina proveniente de um embrião que já estava congelado há mais de 27 anos.⁴ Então, a presunção temporal da lei começa a desafiar a própria realidade.

³ HOLANDA, Maria Rita de. *Parentalidade: entre a realidade social e o direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 135.

⁴ BEBÊ nasce de embrião congelado há 27 anos e quebra recorde, dizem pesquisadores. *Fertility Medical Group*, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://fertility.com.br/noticias/bebe-nasce-de-embriao-congelado-ha-27-anos-e-quebra-recorde-dizem-pesquisadores/>. Acesso em: 23 jan. 2023.

A questão é por deveras complexa: se nem mesmo a doutrina consegue chegar a uma concepção sobre a natureza jurídica do embrião, como concluir que os dados sensíveis deste são privativos ainda que não seja sujeito de direito?

3 A intersecção com a Lei Geral de Proteção de Dados

Recentemente, noticiou-se decisão da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que apreciou um caso em que dispositivos introduzidos no sistema jurídico brasileiro pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) foram utilizados como fundamento para obter acesso a informações relativas ao sexo de embriões criados mediante o emprego de técnicas de fertilização *in vitro*.

Segundo a notícia,⁵ o laboratório responsável negou a um casal o direito de saber o sexo de seus embriões, razão pela qual ingressaram em juízo para obrigá-lo a fornecer “dados pessoais sensíveis”, *in casu*, a informação desejada, por dizer respeito ao “material genético” por eles disponibilizado durante o tratamento.

Tal pretensão foi afastada pelo TJSP sob o fundamento de que o marco regulatório sobre proteção de dados no Brasil não garante acesso indiscriminado a qualquer dado, pois não pode ser concebido como direito absoluto, especialmente quando no caso concreto existem outros “valores e bens constitucionalmente reconhecidos que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso do direito à informação”.⁶

⁵ Disponível em <https://www.jota.info/covertas-especiais/protacao-de-dados/casal-nao-tem-direito-de-saber-sexo-do-embriao-apos-fertilizacao-in-vitro-diz-tjsp-02012023>. Acesso em: 13 jan. 2023. Ainda sobre o tema, ver também <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/justica-nega-pedido-casal-para-saber-sexo-embrioes-fertilizacao-in-vitro/>.

⁶ Eis o inteiro teor da ementa da decisão referida: “APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA – FERTILIZAÇÃO ‘IN VITRU’ – HABEAS DATA IMPETRADO COM O FIM DE OBTER ACESSO A DADOS RELATIVOS À SEXAGEM DE EMBRIÕES EM PODER DO LABORATÓRIO IMPETRADO – ORDEM DENEGADA – CABIMENTO, EM TESE, DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, VEZ QUE AJUIZADO COM O FIM DE OBTER INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DOS POSTULANTES, CONSTANTES DE REGISTRO OU BANCO DE DADOS DE PESSOAS JURÍDICA PRIVADA QUE PRESTA SERVIÇOS PARA O PÚBLICO – RECUSA DE ACESSO AOS DADOS, NO ENTANTO, DEVE SER REPUTADA LEGÍTIMA NA ESPÉCIE, VEZ QUE AMPARADA EM RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – NORMAS VEDANDO QUE AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA SEJAM APLICADAS COM A INTENÇÃO DE SELECIONAR O SEXO OU QUALQUER CARACTERÍSTICA BIOLÓGICA DO FUTURO FILHO – PODER REGULAMENTAR EXERCIDO COM RESPALDO EM LEI, QUE TRANSFERIU POR DESCENTRALIZAÇÃO AO CFM A TITULARIDADE PARA ORGANIZAR E REGULAR ASPECTOS DA PRÁTICA DA MEDICINA, NOTADAMENTE AS DE CARÁTER DEONTOLÓGICO – ADEMAIS, A PRÓPRIA EFICÁCIA IMEDIATA E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPEDE O FORNECIMENTO DOS DADOS REQUERIDOS – DIREITO À INFORMAÇÃO QUE NÃO É ABSOLUTO, SENDO POSSÍVEL LIMITAÇÃO AMPARADA EM OUTROS VALORES FUNDAMENTAIS, TAIS COMO A IGUALDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CAMPO DO BIODIREITO QUE DEVE SER INFORMADO POR PRECITOS ÉTICOS QUE DEFENDAM A PESSOA HUMANA DA AMEAÇA DA REIFICAÇÃO – RECURSO

A referida decisão também recorre a resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial à Resolução nº 2.320/2022, e ao Código de Ética Médica, extraindo de tais normas a vedação expressa de utilização de técnicas de reprodução assistida para a escolha do sexo do bebê ou qualquer outra característica biológica, salvo como única solução para evitar possíveis doenças.

Isso permite apontar que o principal argumento empregado pelo Judiciário paulista para rechaçar a pretensão dos pais tem assento constitucional: o inc. IV do art. 3º de nossa Carta Magna estabelece como um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade nem quaisquer outras formas de discriminação.

O processo corre em segredo de justiça, mas as informações divulgadas na citada notícia nos permitem analisar, em tese, diversos aspectos que necessitam ser ponderados no confronto entre as expectativas daqueles responsáveis pelo planejamento familiar e o sistema jurídico pátrio. É importante indagar até onde e quando o propósito de um projeto parental pode ser protegido “enquanto conduta humana para além da esfera individual”,⁷ especialmente numa situação em que, segundo informações disponíveis, não houve nenhuma preocupação terapêutica para o acesso às informações pretendidas.

Cumpra observar que a Lei de Proteção de Dados dispõe sobre o tratamento de dados relacionados à pessoa natural com o objetivo de proteger não apenas sua liberdade e privacidade, mas especialmente para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade (art. 1º), sendo importante destacar que a informação sobre o sexo do embrião se refere a um novo ser, cuja natureza jurídica ainda provoca intensos debates entre os operadores jurídicos brasileiros.

Seria o embrião um sujeito de direitos, com existência própria e distinta dos seus pais, que atrairia a proteção prevista na LGPD, ou, a partir das hipóteses de utilização para pesquisa científica prescritas no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005),⁸ deve ser qualificado como um mero objeto, vale dizer, uma coisa, cujo tratamento não se confunde com aquele dispensado ao nascituro e às pessoas naturais? Estamos tratando de dados pessoais dos pais, dados pessoais de um novo ser, distinto dos pais, ou as informações pretendidas não podem ser

IMPROVIDO” (TJSP. Apelação Cível nº 1096791-73.2021.8.26.0100. Rel. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, Foro Central Cível – 42ª Vara Cível, j. 25.10.2022, registro 25.10.2022).

⁷ Sobre este tema, remete-se à HOLANDA, Maria Rita de. *Parentalidade: entre a realidade social e o direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁸ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”.

enquadradas como dados pessoais? As respostas às indagações formuladas estabelecerão a possibilidade (ou não) de incidência da LGPD ao caso em análise.

Ainda que sejam tratadas como dados pessoais sensíveis dos pais, é preciso indicar que o fundamento da autodeterminação informativa previsto no inc. II do art. 2º da LGPD coexiste com outros fundamentos, entre os quais os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (CF, inc. VII). Portanto, qualquer pedido de acesso a informações baseado na autodeterminação exige a pertinente fundamentação diante do caso concreto.

Não fosse isso o bastante, nos termos do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados, esta lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais “realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos”, sendo importante analisar se o emprego de técnicas de reprodução humana por clínica de fertilização poderia ser enquadrado como atividade econômica.

Em caso afirmativo, cabe observar o disposto no art. 11 da LGPD, que dispõe sobre as hipóteses em que é possível tratar dados pessoais sensíveis, com destaque para a necessidade de consentimento, que somente não será exigido quando o tratamento for indispensável para a proteção da vida ou a tutela da saúde (cf. inc. II, alíneas “e” e “f”).

A digressão acima evidencia que não se pode pretender acesso a dados pessoais utilizando como único fundamento a autodeterminação informativa, sem uma adequada contextualização e fundamentação, vale dizer, sem a observância das demais disposições prescritas na Lei Geral de Proteção de Dados. O controle de dados pessoais, especialmente os sensíveis, não pode ser pretendido de modo abusivo e desconectado dos valores constitucionais.

Resta voltar os olhos à questão do planejamento familiar e à utilização de técnicas de reprodução humana assistida, que configuram o cerne da investigação em curso.

Segundo Paulo Lôbo:⁹

O ponto central diz respeito à difícil tensão entre desejo de autonomia e liberdade para o exercício da parentalidade ou dos projetos de

⁹ Cf. prefácio da obra HOLLANDA, Maria Rita de. *Parentalidade: entre a realidade social e o direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 13-15. Segundo o citado autor, o exercício da autonomia e liberdade no campo das relações familiares não pode ser compreendido sob a mesma perspectiva das questões negociais, sendo importante destacar que não se dispõe de legislação específica para disciplinar questões relacionadas à reprodução humana assistida, razão pela qual a decisão em comento faz referência a resoluções do Conselho Federal de Medicina que são dirigidas aos médicos e demais profissionais envolvidos no emprego das técnicas. Estas não têm natureza de normas jurídicas gerais aplicáveis, pois criadas por quem não detém competência legislativa. Por esta razão, adverte Paulo Lôbo: “a reserva legal é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Em se tratando de parentalidade, o Conselho Federal de Medicina e o Conselho Nacional de Justiça, sob a aparência de regras técnicas ou de procedimento, têm atuado como veros legisladores, desbordando para indevidamente criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos nessa matéria”.

parentalidade e a natureza tradicionalmente cogente das normas de Direito de Família. O problema é que essa autonomia diz respeito à existência de outros seres humanos, para a que não é possível aplicar a concepção de autonomia negocial, voltada às coisas, cujo modelo foi longamente desenvolvido pelo Direito Civil. A natureza cogente das normas, predominantemente no Direito de Família, notadamente quanto à parentalidade, decorre da exigência de proteção das pessoas vulneráveis e em desenvolvimento, que são os filhos, enquanto crianças e adolescentes.

No mesmo sentido, Carlos Henrique Félix Dantas,¹⁰ ao estudar a questão do aprimoramento genético em embriões humanos, anota que:

[...] a compreensão da liberdade no planejamento familiar não assegura uma liberdade irrestrita, pois existe a necessidade de haver a ponderação de limites na construção do projeto de parentalidade, independentemente da entidade familiar adotada e do poder econômico disponível. No âmbito da engenharia genética, a partir da óptica da autonomia parental, não pode haver um distanciamento da intervenção do Estado de Direito para que existam mecanismos de poder e contenção quanto à autonomia extrapatrimonial disponível. Isso em vista de as escolhas pessoais do(s) autor(es) do projeto parental poderem afetar diretamente a estrutura do patrimônio genético da pessoa humana individualmente considerada e, em um contexto maior, da própria espécie humana como tal. Dessa forma, não há como se admitir, a partir do uso das tecnologias advindas dos avanços da biotecnologia, a construção de uma filiação projetada que não leve em consideração, por exemplo, limites em sua constituição.

4 Considerações finais

Devemos atentar para a absoluta necessidade de interpretar qualquer dispositivo legal de modo sistemático e em consonância com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos em nossa Constituição Federal. Se iniciarmos a análise do caso pela perspectiva da LGPD, encontraremos a definição de dados sensíveis em seu art. 5º, inc. II, que descreve dado pessoal sensível como qualquer dado pessoal “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política,

¹⁰ DANTAS, Carlos Henrique Félix. *Aprimoramento genético em embriões humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 230.

filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

A partir das transcrições apresentadas acima, é possível concluir que não nos parece possível advogar a tese de um liberalismo reprodutivo absoluto, caracterizado pela ausência de limites aos desejos dos responsáveis pelo planejamento familiar. Marcos Catalan adverte que a biotecnologia, mais especificamente, a confluência do capital, ciência e tecnologia, tem tomado “conta dos domínios da vida social, submetendo-a às leis de mercado”, razão pela qual lembra que “o recurso aos princípios da beneficência, autonomia e justiça mostra-se cada vez menos suficiente, em especial por conta do risco de serem aplicados de forma mecânica ou puramente dogmática”.¹¹

A negativa do laboratório em fornecer as informações pretendidas pelos pais enquadra-se nas normas éticas para a reprodução assistida estabelecidas pela Resolução CFM nº 2.320/22, que vedam a utilização de técnicas com “a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica da criança, exceto para evitar doenças no possível descendente”.

Seja no âmbito da legislação de proteção de dados, seja no campo das regras bioéticas relacionadas ao planejamento familiar, o principal fundamento a nortear a solução para o caso concreto baseia-se na vedação ao preconceito e a qualquer forma de discriminação, nos termos do estabelecido em nossa Constituição Federal.

A inércia legislativa do parlamento brasileiro em discutir temas relacionados à reprodução humana assistida só aumenta a complexidade do enfrentamento dos casos que não param de chegar ao Judiciário brasileiro e exigem do intérprete atenção ao dever de adequada fundamentação das decisões judiciais, com o desenvolvimento de argumentos específicos para casos relacionados à autonomia existencial e à proteção da dignidade dos envolvidos. Revela-se insuficiente aplicar a tais questões o entendimento criado e cristalizado para a tutela de questões puramente patrimoniais.

¹¹ CATALAN, Marcos. Fragmentação do direito e terapia gênica em embriões humanos: uma problemática civil do biodireito. *Revista Justiça do Direito*, v. 36, n. 2, p. 30-68, 2022. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/13398>.

Referências

BEBÊ nasce de embrião congelado há 27 anos e quebra recorde, dizem pesquisadores. *Fertility Medical Group*, 1º dez. 2020. Disponível em: <https://fertility.com.br/noticias/bebe-nasce-de-embriao-congelado-ha-27-anos-e-quebra-recorde-dizem-pesquisadores/>. Acesso em: 23 jan. 2023.

CATALAN, Marcos. Fragmentação do direito e terapia gênica em embriões humanos: uma problemática civil do biodireito. *Revista Justiça do Direito*, v. 36, n. 2, p. 30-68, 2022. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/13398>.

DANTAS, Carlos Henrique Félix. *Aprimoramento genético em embriões humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

HOLANDA, Maria Rita de. *Parentalidade: entre a realidade social e o direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LOBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

EHRHARDT JR., Marcos; HOLANDA, Maria Rita de. Autodeterminação informativa na reprodução humana assistida?. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 79-90, out./dez. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.04.005.

Recebido em: 19.06.2023

Aprovado em: 08.08.2023